Die

Dareingabe beim Kauf

nach

römischem Rechte.

Inaugural-Abhandlung

von

Otto Bauer.

München.
Verlag von J. Schweitzer.
1887.

Die

Dareingabe beim Kauf

nach

römischem Rechte.

Inaugural-Abhandlung

von

Otto Bauer.

München.
Verlag von J. Schweitzer.
1887.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548316_0116

Herrn Geheimrat, Professor

Dr. Alois von Brinz

verehrungsvoll und dankerfüllt

der Verfasser.

Die Dareingabe beim Kauf nach römischem Rechte.

§ 1.

Dareingabe und Pertinenz.

Wenn ein Kaufvertrag über eine Mehrheit von Sachen abgeschlossen wird, so kann dies in der Weise geschehen, dass jede der mehreren Sachen koordiniert verkauft wird, aber auch in der Art, dass die eine als Hauptsache, die andere oder die mehreren anderen als Nebensache veräussert werden.

Diese Nebensache heisst bei uns „Dareingabe" oder „Zugabe"[1]), bei den Römern accessio (l. 34 pr. D. de contr. empt. 18, 1); häufig wird umschrieben mit id, quod accessurum dictum est (l. 6 § 1 D. de lege comm. 18, 3), quae empto fundo nominatim accesserunt (l. 16 pr. D. de evict. 21, 2); quod venditioni accessit (l. 23 § 1 D. de aed. ed. 21, 1), quae accessionum locum optinent (arg. l. 2 D. de pec. leg. 33, 8); „dareingeben" heisst venditioni adicere (l. 44 pr. D. de aed. ed. 21, 1; accessurum esse dicere (l. 33 pr. D. eod.), vielleicht auch accedere rem (l. 75 D. de evict. 21, 2)[2]); „dareingehen" wird bezeichnet mit accedere (l. 32

[1]) Böcking, Pand. Bd. I, § 81, Anm. 4 versteht unter „Zugabe" das adiectamentum der l. 242 pr. D. de V. S. 50, 16. Dagegen Göppert organische Erzeugnisse S. 62. Anm. 17: „Mit der Zugabe aber hat es (das adiectamentum nämlich) gar nichts zu schaffen."

[2]) Wonach Forcellini s. v. accedere zu berichtigen wäre, welcher diese Bedeutung nur bei der accessio zum Kaufpreise zulässt.

D. de aed. ed. 21, 1); in venditione, venditioni, emptioni, emptori accedere, cedere (l. 31 § 19, l. 23 § 1, l. 31 § 25 D. de aed. ed. 21, 1; l. 40 § 5 D. de contr. empt. 18, 1).

Die Hauptsache wird res principalis genannt (arg. l. 2 D. de pec. leg. 33, 8) oder umschrieben durch ipsa res cui accedit (l. 34 pr. D. de contr. empt. 18, 1), quod principaliter veniit (l. 33 pr. D. de aed. ed. 21, 1), oder es wird einfach gesprochen von is servus qui venit (l. 44 pr. D. de aed. ed. 21, 1).

Den Namen accessio hat die Dareingabe gemein mit der Pertinenz:

l. 4 pr. D. de pen. leg. 33, 9: vasa autem accessio legatae penus, non legata sunt.

l. 18 § 1 D. de A. E. V. 19, 1: tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in rutis et caesis habentur: aliud iuris est in his, quae detractae sunt ut reponerentur: aedibus enim accedunt.

Diese Gemeinsamkeit der Bezeichnung hat dazu geführt, die Dareingabe als Pertinenz, und zwar als „gewillkürte" oder „vertragsmässige" im Gegensatze zur „gesetzlichen" oder „präsumtiven" Pertinenz aufzufassen.

Wäre dies gerechtfertigt, so müssten wir, um konsequent zu sein, auch Alles, was die Quellen sonst noch aus was immer für einem Gesichtspunkte accessio nennen, die Verzugszinsen, den Zuwachs, den partus ancillae, den Bürgen, als Pertinenz bezeichnen. Wie wenig aber der Name accessio eine Gemeinschaftlichkeit der von ihm umfassten Institute in sich schliesst, geht daraus hervor, dass gerade unsere Dareingabe im Digestentitel de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora (22, 1) nicht mit behandelt wird.

Wozu bedarf es auch der Vermittlung der Zugehörigkeit — und auf eine solche weist ja das Wort „Pertinenz" hin — damit neben einer Sache noch eine andere in obli-

gatione sei, nachdem doch schon das Versprechen, sie zu leisten, Verpflichtungsgrund ist?

Endlich finden wir zwar, dass so ziemlich alle Sachen, welche wir in den Quellen als Dareingabe antreffen, von Natur schon den Beruf haben, den Zwecken der Hauptsache zu dienen, und somit auch zu ihr gehören. Diese Zugehörigkeit ist aber der Dareingabe nicht wesentlich. Es kann eine Sache einer anderen dareingegeben werden, zu der sie nie gehört hat und zu der sie auch in Zukunft nicht gehören soll. Auch in Zukunft nicht: Denn wo von der Dareingabe nach dem Vollzuge des Geschäftes noch die Rede ist, wie bei der Redhibition der Hauptsache, oder, wenn die Dareingabe selbst evinziert worden ist, finden wir sie bezeichnet nicht mehr als etwas, was accedit, sondern als etwas, was accessit (z. B. l. 33 § 1 D. de aed. ed. 21, 1; l. 16 pr. D. de evict. 21, 2).

> „Fälschlich nennt man Sachen dieser letzteren Art noch Pertinenz, wenngleich „willkürliche" Pertinenz; denn es fehlt die Zueignung."

(Brinz, Pandekten, 1. Aufl. 2. Hälfte S. 1513).

In der Litteratur hat die Dareingabe beim Kauf die ihrer Bedeutung entsprechende Würdigung nicht gefunden, — eine Nachwirkung des Legalsystems.

Was die Lehrbücher angeht, so ist die Dareingabe nur behandelt in Brinz, Pandekten, 1. Auflage, 2. Hälfte, S. 1513 ff., 2. Auflage, II. Band, S. 703 ff.

Im Übrigen ist zu erwähnen:

Göppert, über die organischen Erzeugnisse, eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrechte, Halle 1869 S. 74 ff., meines Wissens die erste Schrift, welche Dareingabe und Pertinenz trennt, und

Bechmann, der Kauf nach gemeinem Rechte, II. Teil, 1. Abteilung, Erlangen 1884, S. 362 ff.

§ 2.
Was kann Dareingabe sein?

Der Grundsatz der XII Tafeln, dass „uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto“ (Ulp. frag. XI. 14), war hinsichtlich der Dareingabe durchbrochen durch eine lex specialis. Die kurulischen Ädilen haben nämlich verboten, dass ein Sklave Dareingabe einer minderwertigen Sache sei.

Dieses Verbot ist uns überliefert in l. 44 pr. D. de aed. ed. 21, 1:

(Paulus libro II. ad edictum aedilium curulium):

Justissime aediles noluerunt hominem ei rei quae minoris esset accedere, ne qua fraus aut edicto aut iuri[3]) civili fieret: ut ait Pedius, propter dignitatem hominum: alioquin eandem rationem fuisse et in ceteris rebus: ridiculum namque esse tunicae fundum accedere. ceterum hominis venditioni quidvis adicere licet: nam et plerumque plus in peculio est, quam in servo, et nonnumquam vicarius qui accedit pluris est, quam is servus qui venit.

Die res quae minoris esset wird von Göppert, org. Erz. S. 75 aufgefasst als „Bagatellsache“, während der Tipucit (Heimbach, Basil. Bd. II, S. 311), die Glosse, die Otto-Schilling-Sintenis'sche Übersetzung, Westphal (Kauf § 146), Bechmann (Kauf, II. T. 1. Abteil., S. 363), sie als eine Sache betrachten, welche weniger wert ist als der Sklave, ohne dass sie darum eine Bagatellsache zu sein braucht. Für diese letztere Meinung spricht arg. e contrario das ceterum hominis venditioni quidvis (= quantumvis) adicere licet: nam et plerumque plus in peculio

[3]) Die herkömmliche Lesart iuri statt iure des Florentinus rechtfertigt sich durch l. 7 § 7 D. de pactis 2. 14: neque quo fraus cui eorum fiat: Wie der Prätor, schützen auch die Ädilen das Zivilrecht vor Umgehung.

est, quam in servo, et nonnumquam vicarius qui accedit pluris est, quam is servus qui venit.

Das Verbot der Ädilen ist mit den Worten begründet: ne qua fraus aut edicto aut iuri civili fieret, „damit nicht das Edikt oder das Zivilrecht in irgend einer Weise umgangen werde."

Diesem von Paulus statuierten oder referierten Grunde schliesst sich ein weiterer an: ut ait Pedius, propter dignitatem hominum, und dieser zweite Grund war für die römischen Rechtsgelehrten von praktischer Bedeutung in doppelter Hinsicht:

1. Die römischen Juristen haben das Edikt der Ädilen, das nur von Sklaven (mancipia) und Zugvieh (iumenta) sprach, auf alle anderen körperlichen Sachen ausgedehnt (l. 1 pr., l. 63 D. de aed. ed. 21, 1); sie hätten also das in Ansehung des Sklaven erlassene Dareingabeverbot in ähnlicher Weise ausdehnen müssen, wenn eadem ratio legis bei den übrigen Dingen bestanden hätte. Gerade Pedius spricht in l. 13 D. de legib. 1, 3 im Hinblick auf das Edikt (vgl. die Rubrik: Ulpianus libro I. ad edictum aedilium curulium) den Satz aus, dass „quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri."

War nun die dignitas hominum Grund für das Dareingabeverbot, so ging es nicht an, zu sagen, dass eadem ratio (derselbe Grund) auch bei den übrigen im Vergleiche zur res principalis mehrwertigen Dingen vorliege, und es war somit eine Erstreckung des Verbotes durch ausdehnende Interpretation auf andere Fälle, in denen die Dareingabe mehr wert war als die Hauptsache, ausgeschlossen. Diesen Gedanken bringen, scheint mir, die Worte unserer l. 44 pr. zum Ausdrucke: alioquin eandem rationem fuisse et in ce-

teris rebus: „sonst hätte der gleiche Grund auch bestanden bei den übrigen Sachen."

Was das ridiculum namque esse tunicae fundum accedere betrifft, so ist fraglich, ob dasselbe besagen will, dass eine Dareingabe dieser Art trotz der Lächerlichkeit erlaubt, oder, dass dieselbe, weil lächerlich, unerlaubt ist.

Bechmann, Kauf II. T. 1. Abt. S. 364 will das ridiculum namque esse etc. nicht so verstanden wissen, als sollte die rechtliche Zulässigkeit des Accessionsverhältnisses verneint werden; gerade, weil es trotz der Lächerlichkeit zulässig sei, müsse nach der Meinung des Juristen die Unstatthaftigkeit beim Sklaven auf einem anderen Grunde beruhen. — Ähnlich Göppert, org. Erz. S. 76 Anm. 61.

Diesen Sinn lässt, glaube ich, das namque immerhin zu; aber auch die andere Auslegung ist möglich, wenn wir das namque mit „allerdings, freilich" übersetzen und diese finden wir im Tipucit (Heimbach, Basil. B. II S. 311):

> Καὶ ὅτι ὁ δοῦλος οὐ προστίθεται ἥττονι οὔτε μὴ ἐλαχίστῳ πράγματι τιμιώτερον,
>
> servus rei quae minoris est non accedit, neque res pretiosior vilissimae.

Ich möchte mich der Meinung des Tipucit anschliessen: Auch das prätorische Edikt verbietet die lächerlichen pacta nicht, und gleichwohl waren sie nicht gültig, siehe Scholion zu Basil. XI. 1, 60 = l. 61 D. de pact. 2, 14 (Heimbach Basil. Bd. I S. 639):

> Τῶν συμφώνων τὰ μέν εἰσιν ἄκυρα ὡς παράνομα ἤτοι αὐτῷ τῷ νόμῳ ἐναντιούμενα, τὰ δὲ ὡς τῇ φύσει ἀδύνατα, τὰ δὲ ὡς ἐναντία τοῖς ἀγαθοῖς τρόποις, τὰ δὲ ὡς καταγέλαστα, οἷόν ἐστι καὶ τὸ μὴ ἐκποιῆσαί τινα τὸν τόπον αὐτοῦ ἄκοντος τοῦ γείτονος αὐτοῦ.

Donellus (comm. ad tit. Dig. de aed. ed. tit. 4 § 3 opp. tom. 10 col. 1345) meint, die Ädilen haben die Darein-

gabe des Sklaven zu einer minderwertigen Sache verboten, weil dieses Verhältnis schon bei anderen Sachen lächerlich sei, beim Sklaven also noch viel mehr:

> Jam et hoc absurdum, inquit Paulus, hominem rei minori accedere. Nam nec in caeteris rebus hoc dicimus. Ridiculum est namque fundum tunicae accedere.

Dem Einwande, dass man von einem absurdum oder ridiculum esse in dem Falle nicht sprechen kann, dass die Hauptsache nur um ein Geringes weniger wert ist als die accessio, will Donellus dadurch vorbauen, dass er sagt: si rei minoris pretii hominem accedere diccemus, etiam minimae accedet; dann sehe ich aber nicht ein, warum die Ädilen statt des rei quae minoris esset accedere nicht direkt das minimae rei accedere verboten haben.

Die Otto-Schilling-Sintenis'sche Übersetzung versteht unter ratio das arithmetische Verhältnis und legt dem Satze alioquin etc. die Bedeutung bei, es solle durch das Verbot vermieden werden, dass auch noch andere wertvolle Dinge, als der Sklave, einer res quae minoris est dareingegeben werden:

> „Sonst würde dasselbe Verhältnis (ratio) auch bei den übrigen Sachen stattgefunden haben, es sei aber lächerlich, dass ein Grundstück zu einem Oberkleide hinzukomme."

Allein wenn die Ädilen nur vom Sklaven gesprochen haben, so haben sie eben auch nur an den Sklaven gedacht. Durch das in Beziehung auf ihn erlassene Verbot, ähnliche Geschäfte mit Dareingabe anderer Art auszuschliessen, lag nicht in ihrer Absicht. Dass sie freilich lächerliche Verträge nicht billigten, konnte sich von selbst verstehen.

2. Auch nach einer anderen Richtung war der zweite Grund, propter dignitatem hominum, für die römischen Rechtsgelehrten von Belang. Ein Kauf, bei welchem ein

Sklave einer minderwertigen Sache dareingegeben wurde, war nur dann unerlaubt, wenn in der Dareingabe thatsächlich eine Entwürdigung des Sklaven lag.

Das war dann nicht der Fall, wenn die Hauptsache selbst ein Sklave war: „ceterum hominis venditioni quidvis adicere licet; nam et plerumque plus in peculio est, quam in servo, et nonnumquam vicarius, qui accedit, pluris est, quam is servus qui venit."

Ob nicht noch eine weitere Ausnahme Platz griff, nämlich dann, wenn der Sklave einem Grundstücke dareinging, lässt sich mit Sicherheit nicht entscheiden.

Eine der Glossen zu l. 44 pr. glaubt diese Ausnahme mit Rücksicht auf die Worte der l. 34 pr. D. de contr. empt. 18, 1: nec refert, quanti sit accessio, sive plus in ea sit quam in ipsa re cui accedat an minus statuieren zu dürfen: vel dic in duobus casibus speciale: scilicet cum fundo accedit: et cum alii homini: ut ibi et hic.

Ich glaube nun zwar, dass die l. 34 pr. das Wertverhältnis zwischen Hauptsache und Dareingabe nur relativ, nämlich hinsichtlich der Wirkung des error in corpore über die Dareingabe für irrelevant erklärt; es mag, was diese Stelle betrifft, auf den letzten Paragraphen der Abhandlung verwiesen werden, in welchem ihr eine besondere Besprechung zu Teil wird; in der Sache selbst aber scheint die erwähnte Glosse im Rechte zu sein. Der Sklave war häufig instrumentum fundi, das instrumentum aber gehört zu den Dingen, quorum natura est, ut una res alteri accedat, wie sich Bartolus in der Summa zu l. 1 D. de pec. leg. 33, 8 ausdrückt. Hatte somit der Sklave Natur, Accession des Grundstücks zu sein, so konnte auch in der Vereinbarung der Parteien, dass er Accession des Grundstücks sei, keine Entwürdigung desselben liegen.

Schwierig ist in l. 44 pr. zu erklären das ne qua fraus aut edicto aut iuri civili fieret.

Vor Allem müssen wir uns darüber schlüssig werden, ob wir uns unter dem Edikt das prätorische oder das der Ädilen zu denken haben.

Die Glosse zu l. 44 pr. versteht unter dem Edikte das des Prätors: aut edicto: veteri, quod ad plenum non habemus. edictum ergo praetoris voluit, item ius civile voluit, ne homo rei minoris pretii accederet.

Ich glaube nun zwar, dass auch der Prätor eine solche Dareingabe, wie sie die Ädilen verboten haben, nicht billigte. Bekanntlich hat das edictum perpetuum den pacta conventa, welche eine Umgehung des Gesetzes enthielten, den Schutz verweigert: l. 7 § 7 D. de pactis 2, 14:

> Ait praetor: „Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo."

Allein wenn, wie hier, in einem Buche ad edictum aedilium curulium vom Edikte schlechtweg die Rede ist, wird doch anzunehmen sein, dass das ädilizische Edikt gemeint ist.

Was die fraus betrifft, so ist dies ein vieldeutiges Wort. Hier, wo es sich um eine fraus gegen das Gesetz handelt, bezeichnet es die missbräuchliche Verwertung des Stillschweigens des Gesetzes gegen den Geist des Gesetzes:

> l. 30 D. de legib. 1, 3: fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat ῥητὸν ἀπὸ διανοίας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.

Die weitere Frage, in wie fern in der Dareingabe des Sklaven zu einer minderwertigen Sache eine Umgehung des Edikts oder des Zivilrechtes erblickt werden konnte, ist in der Litteratur verschieden und mit wenig Glück beantwortet worden.

Donellus, comm. ad. h. t. tit. 4 § 3 opp. tom. 10 col. 1344 ff., spricht sich über die fraus dahin aus:

„Quod ait „ne qua fraus aut edicto, aut iuri civili fiat", hanc sententiam habere videtur. Si rei minoris pretii hominem accedere dicemus, etiam minimae rei accedet. Hoc modo inventa erit ratio, ut, cum servum quis donare voluerit, tamen venditus videatur. Res puta aliqua minoris pretii vendetur, cui rei iubebitur homo ille accedere. Ita, quia pars venditionis sit, venditus quoque intelligetur: Sic eveniet, ut, quamvis re vera sit donatus, redhiberi tamen possit, nisi donator in illo ea praestet, quae in re vendita aediles iubent. Quod est contra edicti huius sententiam, quod de rebus tantum distractis iudicium pollicetur. Eademque ratione eveniet, ut de eo homine quasi de vendito iudicari debeat. Quod in fraudem iuris civilis multis modis fieri poterit: quo iure pleraque de venditionibus licent, quae in donationibus constituta non sunt: puta ut dupla promittatur. Nam haec de homine vendito, deque caeteris rebus omnibus non contemptibilibus iure civili promitti iubetur. L. emptori de evict. At hic re vera donatus est. Est autem contra iuris civilis rationem, ut in aliis contractibus dupla promittatur etc."

„Es wird mit der Dareingabe eine Schenkung beabsichtigt; die Dareingabe aber muss, ut prudentibus visum est (l. 31 § 25 D. de aed. ed. 21, 1), als verkaufte Sache behandelt werden. Die Ädilen und das Zivilrecht wollen nicht, dass das, was geschenkt werden wollte, als verkauft angesehen werde, und folglich das Recht des Kaufs anwendbar sei; daher verbieten die Ädilen diesen Kauf."

Allein fürs erste könnte aus dem donellischen Grunde jede Dareingabe verboten werden; auch wäre die Unterscheidung, ob die Hauptsache mehr oder weniger wert ist,

als die accessio, sinnlos, ebenso die, ob der Sklave wieder einem Sklaven, oder ob er einer anderen Sache folgt.

Sodann ist es apriorisch, zu behaupten, es wollte geschenkt werden (s. unten § 6).

Auch kann man sagen: Was kümmert das die Ädilen, wenn ein Geschäft, das an und für sich nicht in ihren Wirkungskreis gehört, unter den Schutz des Edikts gestellt wird?

Des Weiteren konnten ja die Parteien die Anwendbarkeit des Edikts durch Vertrag ausschliessen (l. 31 D. de pactis 2, 14).

Inwiefern schliesslich soll darin eine Umgehung des Gesetzes liegen, dass es Platz greift?

Bechmann, der Kauf II. T. 1. Abt. S. 363 meint, für das ausgebildete klassische Recht habe die Motivierung des Verbotes mit ne qua fraus aut edicto aut iuri civili fieret keinen rechten Sinn mehr.

> „Solange aber das ädilitische Edikt auf Sklaven beschränkt war, konnte es allerdings dadurch umgangen werden, dass eine andere Sache als Hauptobjekt vorgeschoben wurde; denn die Accession als solche ist nicht Gegenstand der von den Ädilen geforderten Stipulationen. Allein schon zu Gajus' Zeit war anerkannt, dass sich die ädilitische Garantiepflicht direkt auch auf die accessionsweise verkauften Sklaven erstrecke (l. 32 D. de aed. ed. 21, 1). Auch der Evictionsanspruch, soweit er unmittelbar auf ius civile beruht und also mit actio emti geltend gemacht werden kann, erstreckt sich im klassischen Recht auf die (vertragsmässigen) Accessionen."[4])

Da im späteren Rechte die praktische Bedeutung des Verbotes gering gewesen sei, so habe man, meint Bech-

[4]) Eine andere auf den § 1 der Stelle sich stützende Erklärung hat Bechmann selbst nur als Vermutung ausgesprochen, und es mag daher genügen, auf Bechmann, loc. cit. S. 364 zu verweisen.

mann, dafür eine innere Begründung gesucht, nämlich die Würde des Menschen: ut ait Pedius, propter dignitatem hominum.

Wenn ich Bechmann richtig verstehe, so will er sagen: „Solange das ädilizische Edikt auf Sklaven beschränkt war, machte es einen Unterschied, ob der Sklave accessio eines Sklaven oder ob er accessio einer anderen Sache war. War er Accession eines Sklaven, so nahm er an dem Schutze der Hauptsache Teil, indem die Stipulation wegen der Hauptsache sich auf ihn erstreckte; war er Accession einer anderen Sache, so wurde dadurch das Edikt umgangen, denn wegen anderer Sachen als des Sklaven gab es keine ädilizischen Stipulationen, und auch wegen des Sklaven nicht, wenn er accessio war. Zu Gajus' Zeit dagegen war der Schutz des dareingegebenen Sklaven nicht mehr ein indirekter, in der Weise, dass die Stipulation wegen der Hauptsache sich auf die accessio erstreckte, sondern ein direkter, vermittelt durch die regula, dass, quod emptioni accedit, pars est venditionis (l. 31 § u. D. de aed. ed. 21, 1), nach welcher die Dareingabe als verkaufte Sache betrachtet wurde, und darum hatte das Verbot keinen rechten Sinn mehr, so dass die römische Jurisprudenz sich um eine andere Begründung umsehen musste."

Allein die Stipulationen wegen der Hauptsache haben sich auf die Dareingabe niemals erstreckt, wie aus der l. 16 pr. D. de evict. 21, 2 mit Bestimmtheit hervorgeht: evicta re vendita ex empto erit agendum de eo quod accessit, quemadmodum ea quae empto fundo nominatim accesserunt, si evicta sint, simplum praestatur. Entweder, es war die Dareingabe den Römern schon zur Zeit der Erlassung des Verbotes pars venditionis, dann wurde sie selbständig geschützt, oder sie war es nicht, dann blieb sie ungarantiert. Dass die Dareingabe damals, als das Verbot erlassen wurde, noch nicht als pars venditionis d. h. als verkauft galt, ist

stillschweigende Voraussetzung der Bechmann'schen Meinung und nicht bewiesen.

Ein weiterer Einwand gegen Bechmann ist der: Bechmann sagt mit Recht, die Ädilen haben die Stipulationen „gefordert": denn per edictum curulium de servo cavere venditor iubetur (l. 37 § 1 D. de dupl. stip. 21, 2) und in his causis non esse mancipium ut promittat praecipitur (l. 32 D. de aed. ed. 21, 1). Aber eine Zuwiderhandlung gegen den ausdrücklichen Willen des Gesetzes ist nicht eine Umgehung des Gesetzes. Die fraus besteht in einem Thun des nicht Gewollten, nicht in einem Unterlassen des Gebotenen.

Endlich müsste nach der Bechmann'schen Meinung die Dareingabe eines Sklaven zu jeder Sache von anderer Art, mag sie noch so wertvoll sein, eine Umgehung des Gesetzes enthalten.

Göppert, a. a. O., welcher die res quae minoris esset für eine „Bagatellsache" hält, ist der Ansicht, die Umgehung beruhe darauf, dass nach l. 48 § 8 D. de aed. ed. 21 1 bei der Bagatellsache keine Redhibition stattfinde und die duplae stipulatio nicht obligatorisch sei, also auch die accessio weder auf die Redhibition noch auf die duplae stipulatio Anspruch habe.

Dass die res quae minoris esset nicht die Bagatellsache bedeutet, haben wir schon oben gesehen.

Verfolgen wir aber diesen Gegenstand des Weiteren, so finden wir nirgends einen Quellenbeleg dafür, dass wegen der Mängel einer Bagatellsache keine Redhibition Platz greift. Zur gegenteiligen Annahme berechtigt uns die l. 63 D. de aed. ed. 21, 1: sciendum est, ad venditiones solas hoc edictum pertinere non tantum mancipiorum, verum ceterarum quoque rerum.[5])

[5]) Sodann aber auch die rechtliche Behandlung der Dareingabe: Die Dareingabe hat mit der Bagatellsache gemein, dass um

Wenn Göppert für die Richtigkeit seiner Behauptung sich auf die l. 48 § 8 D. de aed. ed. 21, 1 beruft:

„simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio in usu est,“

so ist dieser Standpunkt durch die neueste Forschung überholt. Gewiss, es hat etwas Verlockendes, die simplaria venditio mit der duplae stipulatio und mit der Bagatellsache in Verbindung zu bringen, in der Weise, dass wir unter ihr entweder mit Baldus einen Kauf verstehen, bei welchem nach l. 37 § 2 D. de dupl. stip. 21, 2 nicht dupla stipuliert worden ist, oder aber mit Göppert, loc. cit., Donell. iur. civ. 13, 3, 5, Glück, Pandekten XX, S. 45, Windscheid, Pandekten II § 394 Note 16, Westphal, Kauf, § 417, einen Kauf, bei welchem wegen Geringfügigkeit der Sache nicht dupla promittiert zu werden brauchte:[6]) Der nächstliegende Gegensatz zu simplarius ist duplarius, und zahlreiche Urkunden drücken das dupla emere in der Weise aus, dass sie sagen, es werde ratione oder taxatione habita duplariae rei, evictionis duplariae robore, sub duplariae rei taxatione oder (elliptisch) sub duplariae rei gekauft — s. Spangenberg iur. Rom. tab. neg. soll. S. 236, 240, 251, 255, 266, 274, 276, 279, 280, 283.

Dass aber die simplaria venditio mit der duplae stipulatio nicht zusammenhängt, ist durch die eingehenden Ausführungen in Bruns u. Sachau, Syrisch-Römisches Rechts-

---

ihretwillen nicht auf duplae promissio propter evictionem geklagt werden kann (l. 16 pr. D. de evict. 21. 2; l. 11 § 17 D. de A. E. V. 19. 1); dass aber die Redhibition bei der Dareingabe nicht Platz gegriffen habe, davon ist uns nichts bekannt.

[6]) Andere Erklärungen, welche die simplaria venditio als eine simplaria res auffassen, geben in reicher Auswahl die Glossatoren: res simplariae, quae carent anima et corpore, quae in iure consistunt, ut puta hereditas; res viles; res carentes vitali alimento: vel quia non habent in se vitale alimentum: vel quia non conferunt.

buch aus dem 5. Jahrhundert, sichergestellt, nach welchen diese venditio sich als ein „einfacher" d. i. die Sache, ob sie gut oder schlecht sei, losschlagender, und also die redhibitoria ausschliessender Kauf erweist. — Syrisch-Römisches Rechtsbuch 2. T. S. 207 ff.;[7]) hiezu Brinz in der krit. V. J. Schr. Neue Folge Bd. III S. 564; s. auch Baron Pand. S. 487.

[7]) In § 39 des syrischen Textes des syrisch-römischen Rechtsbuches ist nämlich die Rede von dem Kauf eines Sklaven „in einfacher Weise, ob er gut oder schlecht ist, mit der Verabredung, dass keiner auf den andern zurückgreife, was griechisch genannt wird ἁπλῆ ὠνή" und § 113 eod. sagt: ἁπλῆ ὠνή, welches übersetzt wird mit „einfacher Kauf ohne Regress." Die ἁπλῆ ὠνή bedeutet also ungefähr das, was in älterer Zeit nach der Überlieferung des Cälius Sabinus unter dem Kaufe eines servus pileatus verstanden wurde, s. Gellius noct. Attic. 7, 4, 1 seq. (Huschke, iurispr. anteiust. S. 144.)

Dass diese ἁπλῆ ὠνή identisch ist mit der simplaria venditio, geht hervor aus Basil. XIX, 10, 43 = l. 48 D. de aed. ed. 21. 1 (Heimbach, Basil. Bd. II S. 312): σύνηθές ἐστι μὴ ἁρμόζειν τὴν περὶ ἀναστροφῆς ἀγωγὴν ἐπὶ τῶν ἁπλῶν πράσεων. Wenn das syrisch-römische Rechtsbuch von ἁπλῆ ὠνή (simplaria emptio) spricht, die Basiliken dagegen von ἁπλῆ πρᾶσις (s. venditio), so bewährt sich hier eben der Satz der l. 19 D. de A. E. V. 19. 1, dass die römischen Juristen in emptione venditioneque appellationibus promiscue utebantur.

Mit der durch das syrisch-römische Rechtsbuch überlieferten Erklärung der simplaria venditio stimmen überein die nachjustinianischen Rechtsquellen.

Auf die Vereinbarung, „dass keine Partei auf den anderen zurückgreife," deutet der Tipucit hin, welcher (Heimbach, Basil. loc. cit.) dem ἐπὶ τῶν ἁπλῶν πράσεων den erläuternden Beisatz hinzufügt: ἤτοι τῶν ἀναπόδοτον ἐχουσῶν αἵρεσιν: i. e. non reddendi condicionem habentibus, sowie das von Zachariä herausgegebene Scholion des Stephanos zu Basil. XVIII, 6, 2 (Heimbach, Basil. suppl. S. 238): τοῦτο δὲ νόησον ἔνθα μὴ ἁπλῶς καὶ ἀναποδότῳ πράσει τὸν οἰκέτην ὁ πράτης ἐπώλησε, ἐπὶ γὰρ τῷ ἁπλῶς καὶ ἀναποδότῳ πράτῃ οὐ χώρα τῇ ἀεδιλικίᾳ.

Dass bei der simplaria venditio nicht in Frage gezogen werden darf, „ob der Sklave gut oder schlecht ist," scheint in dem bei Heimbach, Basil. Bd. II S. 312 wiedergegebenen Scholion zu Basil. XIX, 10, 43 enthalten zu sein: ἁπλῶν πράσεων· περὶ τῶν μήτε ἔπαινον

Zugegeben, bei einem Bagatellkaufe finde keine Redhibition statt, so müssten wir fragen: Liegt überhaupt ein Bagatellkauf vor, wenn eine wertvollere Sache dareingeht? Nach l. 31 § u. D. de aed. ed. 21, 1 ist ja die Dareingabe ein Teil des Kaufes, ein Kauf aber, der eine wertvollere Sache in sich begreift, ist doch wol kein Bagatellkauf. Und müssten wir dann nicht sagen, die Redhibition sei nur ausgeschlossen bei der geringwertigen Hauptsache, nicht auch bei der wertvollen Dareingabe?

Was ferner die Eviktion der Dareingabe angeht, so ist richtig, dass beim Kauf einer Bagatellsache kein Recht auf duplae promissio besteht. (l. 37 § 1 D. de dupl. stip. 21, 2). Aber die Verpflichtung zur duplae promissio wegen der Hauptsache erstreckt sich niemals auf die Dareingabe (l. 16 pr. D. de evict. 21, 2; l. 11 § 17 D. de A. E. V. 19, 1). Es kann daher für die Dareingabe keinen Unterschied begründen, ob die Hauptsache Bagatellsache ist oder nicht.

Des Weiteren verfehlt sich Göppert dadurch, dass er die Umgehung des Gesetzes in einer Übervorteilung des

---

μήτε ψόγον ἐχουσῶν λέγει. i. e. de iis loquitur quae neque laudem neque vituperationem habent.

Soweit Bruns.

Nun noch eine Bemerkung. In § 113 des syrischen Textes des syrisch-römischen Rechtsbuchs wird für ἁπλῆ ὠνή als gleichwertig der Ausdruck gebraucht: κακὴ πρᾶσις: „Wenn aber ein Mann einen Sklaven oder eine Sklavin kauft mit κακὴ πρᾶσις, ἁπλῆ ὠνή, welches übersetzt wird mit „schlechter Vertrag" und „einfacher Kauf ohne Regress", und der Käufer will den Sklaven oder die Sklavin zurückschicken, so kann er es nicht, weil er mit schlechtem Vertrage gekauft hat." Der κακὴ πρᾶσις wird dann entgegengesetzt die καλὴ πρᾶσις. Bruns lässt es nun dahingestellt, ob die Ausdrücke καλὴ und κακὴ πρᾶσις sich aus dem römischen Sprachgebrauche herleiten oder nicht. Wir dürfen diese Frage vielleicht bejahen, indem wir in der καλὴ πρᾶσις das bonis condicionibus emere der l. 54 D. de aed. ed. 21. 1 erblicken: Actioni redhibitoriae non est locus, si mancipium bonis condicionibus emptum fugerit, quod ante non fugerat.

Käufers durch den Verkäufer erblickt. („Der Verkäufer habe dem Käufer das Recht auf duplae stipulatio und Redhibition durch die verbotene Einkleidung entziehen wollen.")

Der Käufer weiss ja und will selbst, dass der Sklave dareingeht. Er muss es sich überlegen, ob er durch Hinnahme desselben als accessio sich der redhibitoria — die nach Göppert nicht Platz greift — begeben, und ob er auf die duplae stipulatio verzichten will. Es erwächst ihm also kein Schaden wider seinen Willen. Fraus nennen zwar die Römer auch den freiwilligen Nachteil, s. Scholion zu l. 7 § 9 D. de pactis 2, 14 (Heimbach, Basil. I S. 570):

> οἱ Ρωμαῖοι φραῦδεμ καλοῦσιν πᾶσαν ζημίαν, οὐ μόνον τὴν δόλῳ, ἀλλὰ καὶ τὴν ἑκουσίᾳ γνώμῃ γενομένην,

aber dem Gesetze ist er gleichgültig; es geschieht durch ihn nichts quod lex noluit, und also auch nichts in fraudem legis.

So viel über die Litteratur.

Meine eigene Ansicht beruht auf der Auffassung der fraus als missbräuchlicher Verwertung des Stillschweigens des Gesetzes, und zwar denke ich mir diese fraus folgendermassen:

Wie wir schon bei der Besprechung der Göppert'schen Meinung gesehen haben, entbehrt die Dareingabe, und zwar jede Dareingabe, zivilrechtlich des Anspruchs auf duplae stipulatio wegen Eviktion; hieraus lässt sich folgern, dass auch die ädilizische duplae stipulatio propter evictionem (l. 37 § 1 D. de dupl. stip. 21, 2) nur die Hauptsache betraf, und die von den Ädilen wegen der Mängel proponierte Stipulation (l. 31 eod.) von welcher (arg. l. 32. pr. eod.) anzunehmen ist, dass sie eine duplae stipulatio war, für Accessionen nur auf das simplum gegangen ist. Dies hat die Dareingabe mit der Bagatellsache gemein. In der accessorischen Veräusserung einer Sache von Wert lag also eine unterschätzige Behandlung derselben. Weder das

Edikt noch das Zivilrecht haben dieselbe verboten. Dass aber ein Sklave zur Accession einer res principalis von geringerem Werte gemacht wurde, widersprach dem Geiste der Satzungen, nach welchen die accessio schlechter gehalten wurde als die Hauptsache. Sie haben es, obschon nicht verboten, doch auch nicht gewollt, und wenn daher eine Dareingabe dieser Art erfolgte, so geschah — da id fiebat, quod lex fieri noluit, fieri autem non vetuit — fraus legi. Der Grund aber, warum Edikt und Zivilrecht eine derartige Dareingabe nicht wollten, lag in der Menschenwürde des Sklaven, welcher ja, wie Bechmann, der Kauf, II. T. 1. Abt. S. 364 treffend bemerkt, auch sonst von den Römern Rechnung getragen wurde.[8])

Folgte freilich der Sklave wieder einem Sklaven, so geschah dadurch seiner Menschenwürde kein Eintrag, und eine Dareingabe dieser Art war daher erlaubt.

Was die Wirkung des Verbotes anlangt, so besteht dieselbe in einem non licere (arg. ceterum hominis venditioni quidvis adicere licet). Wir werden vor Allem daran denken, dass die Ädilen als Marktinspektoren — ἀγορανόμοι heissen sie darum nach Dionys. H. A. R. 6, 90 bei den Griechen — ein derartiges verbotenes Geschäft durch persönliches Dazwischentreten verhindert haben.

Welche Folge aber eintrat, wenn ein solcher Kauf wirklich abgeschlossen war, ist sehr fraglich.

An eine Nichtigkeit des Kaufes, welche Bechmann für möglich hält, dürfen wir jedenfalls nicht denken, denn die Zuständigkeit der Ädilen erstreckte sich nicht so weit, Verträge für nichtig zu erklären.

Die Meinung Göpperts, die Ädilen haben dem Käufer das Recht auf duplae stipulatio und Redhibition, „welches ihm der Verkäufer durch die verbotene Einkleidung hatte

[8]) Indem der Mensch nicht als Frucht behandelt wurde: l. 28 D. de usur. 21, 1; l. 27 pr. D. de H. P. 5. 3; l. 68 pr. D. de usufr. 7, 1.

entziehen wollen," gleichwohl gewährt, beruht auf der irrigen Auffassung der fraus als eines einseitigen dolus des Verkäufers, der res quae minoris esset als einer Bagatellsache, und der simplaria venditio als eines Kaufes, der principaliter eine Bagatellsache zum Gegenstande hat, und ist, was wenigstens die Redhibition anbelangt, unrichtig.

Nicht mehr Beifall verdient die von Donellus a. a. O., und Noodt in seiner restitutio edicti (comm. ad Dig. h. t. opp. tom. 2 pag. 450 sq.) vertretene Ansicht, die Ädilen haben als Folge der Zuwiderhandlung ihren Rechtsschutz verweigert. Gegen diese Meinung erhebt sich der Einwand, dass ja dann der Käufer, obwohl er sich nicht schwerer verfehlt hat, als der Verkäufer, der allein Bestrafte wäre.

Die nächstliegende Möglichkeit ist meines Erachtens die, dass die Ädilen, wenn ein Sklave gegen ihr Verbot zur Dareingabe gemacht worden war, denselben nicht als accessio, sondern als der res principalis koordiniert gelten liessen.

§ 3.

Was pflegte bei den Römern Dareingabe zu sein?

Trotz der weitgehenden Vertragsfreiheit der Parteien scheint der Kreis der Sachen, welche einer anderen häufig dareingegeben wurden, ziemlich begrenzt, die Dareingabe eine Sache der Gewohnheit gewesen zu sein:[9])

„In horum emptione solet accedere peculium" (Varro R. R. II 10).

„In his autem, quae cum re empta praestari solent, non solum dolum, sed et culpam praestandam arbitror: nam et Celsus libro octavo digestorum scripsit, cum convenit, ut venditor praeteritam mercedem exigat et emptori praestet, non solum dolum, sed et culpam eum praestare debere (l. 13 § 16 D. de A. E. V. 19, 1).

[9]) Dieses gewohnheitsmässige Dareingeben ist wohl der Grund, warum bei Sachen, die ohne ausdrückliche Erklärung nicht als mitveräussert galten, ein pleonastisches excipere vorkam.

„fecique quod saepe liberales venditores solent, ut, cum aedes fundumve vendiderint rutis caesis receptis, concedant tamen aliquid emptori, quod ornandi causa apte et loco positum esse videatur (Cic. Top. c. 26).

Was die Dareingabe körperlicher Sachen anbelangt, so finden wir beim Grundstück dareingegeben einen Sklaven, oder alle auf dem Grundstücke befindlichen Sklaven: l. 34 pr. D. de contr. empt. 18, 1; l. 32 und 33 D. de aed. ed. 21, 1; das Gutsinventar (instrumentum): l. 33 pr. D. de aed. ed. 21, 1; die Wasserröhren (fistulae): l. 78 pr. D. de contr. empt. 18, 1, und besonders häufig Fässer (dolia): l. 40 § 5 l. 60 D. de contr. empt. 18, 1; l. 26, 27, 54 § 1 D. de A. E. V. 19, 1; l. 33 pr. D. de aed. ed. 21, 1;[10]) endlich die ruta caesa: arg. l. 17 § 6 D. de A. E. V. 19, 1 si non specialiter venierunt. Unter diesen ruta caesa verstand man nach Festus s. v. ruta caesa die Dinge, quae venditor possessionis sui usus gratia concidit ruendoque extraxit. Nach dieser Definition ist die des Quintus Mucius zu berichtigen, welche uns in l. 66 § 2 D. de contr. empt. 18, 1 überliefert ist:

nam ruta caesa ea sunt, quae neque aedium neque fundi sunt.

Als Beispiele von ruta caesa finden wir in l. 17 § 6 D. de A. E. V. 19, 1 und l. 18 § 1 eod. angeführt: harena, creta, arbores caesae, carbones, caementa, tegulae quae nondum aedificiis imposita sunt.

Beim Kauf eines Hauses wurden dareingegeben ebenfalls die ruta caesa, wohl auch der Hausrath (suppellex) und das instrumentum (arg. l. 14 D. de supp. leg. 33, 10), beim Sklaven das Pekulium (l. 33 pr., l. 44 pr. D. de aed. ed. 21, 1; l. 5 D. de evict. 21, 2), der vicarius (l. 44 pr. D. de aed. ed. 21, 1), die paenula, d. h. das Oberkleid (Scho-

[10]) Wobei fraglich ist, ob auch der in denselben enthaltene Vorrat dareinging.

lion der Πεῖρα zu l. 45 D. de aed. ed. 21, 1: ἢ φαιλόνην, s. S. 46 Anm. 24), wohl auch vestis d. i. die ganze Kleidung (arg. l. 13 D. de pec. leg. 33, 8; Plaut. Pers. 4, 4, 118; Curc. 2, 3, 65), beim Schiff das instrumentum (l. 29 D. de instruct. vel instr. leg. 33, 7) oder die scapha (arg. l. 44 D. de evict. 21, 2), beim Kauf eines Sees 10 Schuh Land ringsum (l. 69 D. de contr. empt. 18, 1); bei der Heerde die Hunde (Varro R. R. II c. 9), bei den iumenta und pecora die ornamenta.[11]) Über diese letzteren ist uns ein eigenes edictum de ornamentis überliefert (l. 38 pr. D. de aed. ed. 21, 1).

Dareingehen konnten aber nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Sachen, wie namentlich Dienstbarkeiten zu Grundstücken: l. 40 § 1, l. 66 pr. D. de contr. empt. 18, 1; l. 6 § 6 D. de A. E. V. 19, 1; l. 75 D. de evict. 21, 2. Sogar Forderungen konnten Dareingabe sein: Beim Kauf eines Diensteinkommens das von irgend einer Person zu beziehende bare Gehalt:

> l. 52 § 2 D. de A. E. V. 19, 1: Inter venditorem et emptorem militiae ita convenit, ut salarium, quod debeatur ab illa persona, emptori cederet . . . etc.

[11]) Diese können nicht in einer blossen Verzierung bestanden haben, wie Dirksen man. latin. s. h. v. will; denn es ist nicht glaubhaft, dass die Ädilen wegen Nichtleistung einer blossen Verzierung die Redhibition des Tieres für zulässig erklärt hätten (l. 38 pr. D. de aed. ed. 21. 1); auch finden wir bei Cato R. R. c. 11 die ornamenta unter dem instrumentum fundi aufgezählt, folglich müssen sie nach dem uns in l. 8 pr. D. de instruct. vel instr. leg. 33, 7 überlieferten Ausspruche des Sabinus: in instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi cogendi conservandi gratia párata sunt, in irgend einer Beziehung zur Bewirtschaftung des Grundstücks gestanden haben. Des Näheren stellen die Worte bei Cato l. c.: ornamenta bubus, ornamenta asinis instrata sicher, dass die ornamenta Decken oder Sattelzeug sein müssen, das asinos ornatos clitellarios in Cato R. R. c. 10 lässt vermuten, dass darunter der Packsattel zu verstehen ist. Als besseres, das Tier hebendes Geschirr und Sattelzeug betrachtet die ornamenta auch Brinz, Pand. 2. Aufl. II. Band S. 727 Anm. 56.

Die dareingegebenen Sachen standen, wie aus dieser Aufzählung hervorgeht, zumeist in einer objektiven Beziehung der Unterordnung zur Hauptsache, so gegenüber dem Sklaven der vicarius und das Pekulium, zu welch' letzterem auch die Bekleidung gehört, sofern sie ita dederit dominus ut eo vestitu servum perpetuo uti vellet eoque nomine ei traderet, ne quis alius eo uteretur idque ab eo eius usus gratia custodiretur (l. 25 D. de pec. 15, 1). Ebenso finden wir beim Grundstück ausser den Servituten nur das instrumentum oder Teile desselben als Dareingabe. (Die Sklaven sind instrumentum vocale: Varro R. R. I c. 17; die Fässer sind instrumentum mutum: Varro R. R. I c. 32).

Auch die Dareingabe von Servituten müssen wir uns in Verbindung mit und zu dem im Verkaufe begriffenen Grundstücke denken.

Die Mehrzahl derjenigen Sachen, welche uns als Dareingabe begegnen, war nicht Pertinenz. Ausdrücklich ist dies ausgesprochen in Ansehung des instrumentum in l. 17 pr. D. de A. E. V. 19, 1:

> multa etiam defossa esse neque tamen fundi aut villae haberi, ut puta vasa vinaria torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent;
>
> vgl. auch Paul. rec. sent. III, 6, 34: fundo vel servo legato neque fundi instrumentum neque servi peculium ad legatarium pertinet.

Das Gleiche gilt vom Pekulium: l. 29 D. de contr. empt. 18, 1:

> Quotiens servus venit, non cum peculio distrahitur: et ideo sive non sit exceptum, sive exceptum sit, ne cum peculio veneat, non cum peculio distractus videtur.
>
> l. 3 D. de evict. 21, 2: Cum in venditione servi peculium semper exceptum esse intellegitur . . . etc.

und von den Servituten:

> l. 75 D. de evict. 21, 2: si vero emptor petat viam

vel actum, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit accessurum iter vel actum: tunc enim teneri eum qui ita dixerit.

Nicht Pertinenz waren endlich die ruta caesa nach l. 17 § 6 D. de A. E. V. 19, 1:

Gallus autem Aquilius, cuius Mela refert opinionem, recte ait frustra in lege venditionis de rutis et caesis contineri (Mommsen: caveri), quia si non specialiter venierunt, ad exhibendum de his agi potest neque enim magis de materia caesa aut de caementis aut de harena cavendum est venditori quam de ceteris quae sunt pretiosiora.

Eine nähere Erörterung verdient die Frage, ob die Fässer (dolia) Pertinenz waren.

Die Fässer waren nicht Pertinenz des Grundstücks nach l. 8 pr. D. de instruct. vel instr. leg. 33, 7 und l. 17 pr. D. de A. E. V. 19, 1. In der ersteren Stelle — sowie bei Varro R. R. I c. 32 — werden die Fässer dem instrumentum zugezählt; die letztere Stelle erklärt, dass die Dinge, welche zum instrumentum gehören, nicht Pertinenz des Grundstücks sind. Unter einer gewissen Voraussetzung sind die Fässer sogar in der l. 17 pr. unter den Dingen, die nicht Pertinenz sind, ausdrücklich mitaufgeführt, nämlich unter der Voraussetzung, dass sie Wein enthalten, denn dann fallen sie nach l. 206 D. de V. S. 50, 16 unter die in l. 17 pr. erwähnten vasa vinaria. Ob die Fässer eingegraben waren (dolia defossa, infossa), oder nicht, machte keinen Unterschied, und dies geht wiederum aus der l. 17 pr. hervor:

multa etiam defossa esse neque tamen fundi aut villae haberi etc., quoniam haec instrumenti magis sunt.

Abweichend von der l. 17 pr. sind in l. 21 D. de instruct. vel instr. leg. 33, 7 die Fässer Pertinenz des Grundstücks: (Pomponius libro I. fideicommissorum):

Cum fundus sine instrumento legatus sit, dolia mo-

lae olivariae et praelum et quaecumque infixa inaedificataque sunt fundo legato continentur; nulla autem ex his rebus quae moveri possunt paucis exceptis fundi appellatione continentur. de molis tum quaeri solet, cum (num?) ita adfixae itave inaedificatae sint, ut partes aedificiorum esse videantur.

Doch scheint zwischen beiden Stellen kein Widerspruch zu bestehen; in l. 21 handelt es sich wahrscheinlich — auch die Glosse ist dieser Meinung — um dolia infixa inaedificataque. Dies ergiebt sich arg. e contrario aus den Worten: nulla autem ex his rebus, quae moveri possunt, paucis exceptis fundi appellatione continentur. Auch das de molis tum quaeri solet cum (num?) ita adfixae itave inaedificatae sint, ut partes aedificiorum esse videantur scheint darauf hinzudeuten. Das et quaecumque infixa inaedificataque sunt wird demnach zu übersetzen sein mit: „und was sonst noch festgemacht und eingebaut ist."

Soviel über die Frage, ob die Fässer Pertinenz des Grundstücks sind.

Wurde ein Magazin gekauft, so waren nach einem responsum des Paulus die dolia defossa Pertinenz des Magazins. L. 76 pr. D. de contr. empt. 18, 1:

(Paulus libro VI. responsorum):

Dolia in horreis defossa si non sint nominatim in venditione excepta, horreorum venditioni cessisse videri.

Der Grund, warum beim Magazin die dolia defossa Pertinenz sind, während sie es beim Grundstück nicht sind, ist schwer zu erkennen.

Es wird nicht angehen, mit Accursius ad h. l. die dolia defossa den dolia affixa gleichzustellen. Nicht nur im Sprachgebrauch drückt sich der Unterschied zwischen beiden aus, sondern auch in der rechtlichen Behandlung. Wir haben gesehen, dass beim Grundstück die dolia affixa Per-

tinenz sind, die dolia defossa hingegen nicht, etiamsi aedificio cohaerent (arg. l. 17 pr. cit.).

Ohne Quellenbeleg und darum unbegründet wäre auch die Annahme, beim Magazin sei das instrumentum Pertinenz gewesen, während es beim Grundstück nicht Pertinenz war.

Viel eher möchte ich glauben, dass die Fässer überhaupt nicht zum instrumentum des Magazins gerechnet wurden. Wenigstens ist in l. 7 D. de instruct. vel instr. leg. 33, 7 die Rede von dem Vermächtnisse eines horreum vinarium cum vino et vasis et instrumento et institoribus, quos secum habere consueverat. Hätten die vasa, von denen ja auch die dolia eine Spezies bildeten, zum instrumentum des Magazins gehört, so wären sie wohl nicht neben demselben noch eigens im Vermächtnisse genannt.[12])

[12]) Göppert, org. Erz. S. 80 Anm. 79 und S. 64 Anm. 23 betrachtet die dolia defossa, indem er sie für Pertinenz des Grundstückes hält, als pars fundi.

Wie wir aber gesehen haben, sind die dolia defossa nicht Pertinenz des Grundstücks. Doch ist dies mehr nebensächlich. Ein Fehler prinzipieller Art ist es aber, wenn Göppert die Pertinenzen als Teile auffasst:

„Was aber die Quellen pars oder dergl. nennen, behandeln sie durchweg in gleicher Weise, gleichviel ob es nach der neueren Unterscheidung integrierender Teil oder blosse Pertinenz sein mag." (S. 62).

„Sie sind so wenig blosse Pertinenzen, wie der Dachziegel, der Stein in der Mauer." (S. 64.)

Diese Meinung wurde, wie es scheint, hervorgerufen durch die regula der l. 13 § u. D. de A. E. V. 19. 1: Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur, und ist schon hinsichtlich der Pertinenzen des Hauses unrichtig. Denn wenn Pertinenz und Teil des Hauses ein und dasselbe wären, so würde nicht auch noch das Pertinenzkriterium des propter aedes haberi in die Regel aufgenommen worden sein.

Diese Regel der l. 13 § u. D. de A. E. V. 19. 1 vollends über ihren Wortlaut hinaus auf die Zugehörungen anderer Sachen, als

Wir dürfen wohl sagen, es ist nachweislich weitaus der grösste Teil der Sachen, die wir als Dareingabe antreffen,

---

des Hauses, analog anzuwenden, verbietet schon der Schlusssatz der l. 1 D. de R. J. 50. 17: per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.

Von einer pars fundi konnte ferner nur im Sinne einer pars pro indiviso, oder pro diviso gesprochen werden, und es wurde sogar der letzteren von Quintus Mucius die Eigenschaft eines Teiles abgesprochen (l. 25 § 1 D. de V. S. 50, 16.)

Wenn wir endlich die l. 13 § u. cit. analog anwenden wollen auf das Grundstück, so dürfen wir dies nicht bloss in Beziehung auf die Dinge, welche quasi pars aedium, sondern müssen es auch in Beziehung auf die, welche propter aedes habentur, thun. Wie viele wichtige Dinge sind aber propter fundum da und nicht Pertinenz des Grundstücks, weil sie gerade um ihres propter fundum haberi willen zum instrumentum gehören, das instrumentum aber nach Paul. rec. sent. III 6, 34 cit. nicht Pertinenz ist! Hierher gehören z. B. die Sklaven, welche eius fundi causa haberentur (l. 18 § 7 D. de instruct. vel instr. leg. 33, 7), welche agri gratia ibi sunt (l. 12 § 2 D. eod., vgl. § 4 eod.), welche für das Grundstück „bestimmt sind" (l. 12 § 14 D. eod.): Sie alle sind nicht Pertinenz des Grundstücks, selbst wenn ohne sie der Gebrauch und, da possessio usus loci ist (l. 115 D. de V. S. 50. 16), der Besitz desselben unmöglich ist: „cum balneae sine balneatoribus usum suum praebere non possint" (l. 17 § 2 D. de instruct. vel instr. leg. 33. 7), „quia non aliter ex saltu fructus percipi poterit" (l. 9 D. de instruct. vel instr. leg. 33. 7) „quia sine his pulmentarium coqui non potest" (l. 18 § 3 D. eod.), „sine quibus exerceri nequiret possessio" (l. 12 pr. eod.).

Die Pertinenz scheint mir also mit dem Teil nicht identisch zu sein.

Es ist auch bedenklich, wenn Göppert, org. Erz. S. 64, sagt, es gelten bei den Pertinenzen in Betreff der Eviktion und Redhibition dieselben Grundsätze, wie für Teile überhaupt. Was die Redhibition anlangt, so müssten wir, um zu wissen, dass die gleichen Grundsätze gelten, erst wissen, welche Grundsätze gelten; die Quellen lassen uns, sowohl was den Teil, als was die Pertinenz angeht, im Stiche. Über die Haftung wegen der Eviktion der Pertinenz wissen wir ebenfalls nichts Bestimmtes; wegen der „Steine in der Mauer" giebt

nicht Pertinenz. Es konnten aber selbstverständlich auch Pertinenzen dareingegeben werden. Überflüssig ist eine solche Vereinbarung nicht gewesen. Sie verschaffte dem Käufer Gewissheit darüber, dass diese Sachen geleistet werden mussten. Auch konnte sie die Bedeutung haben, die Zahl der Zubehörungen festzusetzen, d. h. es konnten durch Dareingabe einer geringeren Zahl als der vorhandenen Pertinenzen die übrigen ausgenommen werden — Brinz, Pand. 2. Aufl. Bd. II S. 703 Anm. 11 — so dass um der Vorbehaltenen willen die actio venditi oder ad exhibendum zustand; umgekehrt konnte in der exceptio einer geringeren Anzahl von mehreren an und für sich nicht dareingehenden Sachen eine Dareingabe der übrigen liegen.

Wüssten wir, dass die Pertinenz der selbständigen Klagbarkeit entbehrte, oder dass, wie Bechmann, Kauf II. T. 1. Abt. S. 374 annimmt, bei der Pertinenz weder die Mängel noch die Eviktion prästiert zu werden brauchten, — Fragen, welche hier nicht entschieden werden sollen u. können, aber eher im Bechmann'schen Sinne zu beantworten sein dürften (s. S. 47 Anm. 25) — so hätten auch diese Umstände ein Motiv zur ausdrücklichen Dareingabe der gesetzlichen Accessionen bilden können, denn die Dareingabe war selbständig klagbar und es war bei ihr die Mängel- und Eviktionsprästation vorgeschrieben, wie wir unten sehen werden.

§ 4.

Wie wurde die Dareingabe bestellt?

Wie der Kauf nicht notwendig consensu kontrahiert wird, sondern sich einfach durch Geben und Nehmen voll-

---

es keinen Eviktionsregress, nicht weil sie pars, sondern weil sie nicht pars sind (l. 36 D. de evict. 21. 2, s. Windscheid, Pand. I § 142 Anm. 7), während wegen Eviktion des Teiles nach l. 1 D. de evict. 21. 2 Regress zulässig ist.

ziehen kann, so dass nur gewisse Zusätze neben der dinglichen Grundlage obligatorischer Natur sind (Eviktionshaftung etc.), in welchem Falle Bechmann, Kauf 1. Teil S. 8 von Naturalkauf spricht, so kann sich auch die Dareingabe als Naturalgeschäft, Realgeschäft, durch datio vollziehen.

In den Rechtsquellen dagegen finden wir die Dareingabe nur rein obligatorisch und zwar in der Weise bestellt, dass sie in einer Vertragsklausel als Nebensache der Hauptsache hinzugefügt wird. Dieser Nebenvertrag konnte natürlich auch stillschweigend erfolgen, so beim Kaufe der iumenta cum ornamentis durch Vorzeigung der Tiere in ihrer Ausrüstung.

Ob nicht auch beim Verkaufe formell koordinierter Sachen die eine derselben accessio sein konnte, ist zweifelhaft. Wir wissen aus l. 5 D. de instruct. vel instr. leg. 33, 7, dass, wenn fundus et instrumentum, also formell koordiniert, vermacht war, das Legat des instrumentum — wir müssen aus l. 1 § 1 D. eod. hinzufügen „ex sententia defuncti", — ein selbständiges sein konnte (poterit esse legatum). Dieses „können" besagt eher, dass aus der formellen Koordination höchstens die Vermutung, aber nicht die definitive Gewissheit gezogen werden durfte, dass die formell koordinierten Sachen auch materiell koordiniert seien. Allerdings darf nicht Alles, was vom Legate gilt, auf den Kauf übertragen werden; wenn fundus cum instrumento, fundus instructus, und jedenfalls auch, wenn fundus et instrumentum vermacht sind, sind stets duo legata vorhanden (l. 1 pr. D. de instruct. vel instr. leg. 33, 7), bei einem Verkaufe dieser Art hingegen liegt una venditio vor (l. 31 § 25 D. de aed. ed. 21, 1); allein es ist nicht ausgeschlossen, dass die Frage, ob Koordination oder Subordination bestehe, für den Kauf wie für das Legat nach gemeinsamen Gesichtspunkten beurteilt wurde.

Bechmann, Kauf II. T. 1. Abt. S. 365 hält es umgekehrt sogar für möglich, dass die Parteien trotz formeller Unterordnung einer Sache unter die andere ein Verhältnis der Koordination haben bestimmen wollen.

Jedenfalls ist für die Entscheidung derartiger Fragen nicht visus atque usus rei und consuetudo patrisfamilias massgeblich, wie in l. 29 § 1 D. aur. arg. 34, 2, wo es von der materia heisst, dass utra utrius materiae sit accessio, visu atque usu [rei, consuetudinis] patris familias aestimandum est, sondern der von visus atque usus und der consuetudo patris familias unabhängige Wille der Parteien, welcher am ehesten bei den Verhandlungen über die Regresssumme für den Fall der Eviktion an den Tag treten mochte.

In der Regel wurde jedenfalls die Dareingabe in einem Nebenvertrage als Nebensache versprochen; es geschah dies durch ein accedere oder accessurum esse dicere (z. B. l. 34 pr. D. de contr. empt. 18, 1; l. 27 D. de A. E. V. 19, 1). Auf ein Dictum deutet auch das nominatim accedere der l. 16 pr. D. de evict. 21, 2 hin.

Wie das Dictum beschaffen war, und wie es sich vom promissum unterschied, lesen wir in l. 19 § 2 D. de aed. ed. 21, 1 (Ulpianus libro I. ad edictum aedilium curulium):

> Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus, quod verbo tenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur: promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum.

Einfach erklärt sich in unserer Stelle das nudoque sermone finitur („das Diktum wird durch blosse Rede begrenzt"). Der nudus sermo steht, wie auch die Glosse bemerkt („nudo sermone sc. sine interrogatione"), im Gegensatze zu der Vereinbarung durch Frag' und Antwort, welche im römischen Rechte die Regel war. Auch in der Epit. Gaii II. 9, 3, 4 wird von der dotis dictio gesagt, dieselbe werde „nulla

praecedente interrogatione", „sine interrogatione" abgeschlossen.[13])

Nicht so einfach ist das quod verbo tenus pronuntiatum est.

„Verbo tenus" heisst: „Dem blossen Worte nach."

Dirksen erklärt in seinem manuale latinitatis s. h. v. das verbo tenus mit ad verbum, bringt es in Gegensatz zu cum effectu und führt unsere l. 19 § 2 cit. als Beleg für diese Bedeutung an.

Es giebt nun allerdings eine Stelle, in der das blosse Wort in Gegensatz gebracht wird zur Wirkung, nämlich die l. 1 § 2 D. quod quisque iur. 2, 2:

> Haec autem verba: „quod statuerit, qui iurisdictioni praeest", cum effectu accipimus, non verbo tenus: et ideo si cum vellet statuere, prohibitus sit nec effectum decretum habuit, cessat edictum. nam „statuit" verbum rem perfectam significat et consummatam iniuriam, non coeptam. etc.

„Das, was der Magistrat dem blossen Worte nach (verbo tenus), aber ohne Wirkung statuiert hat, also eigentlich bloss zu statuieren versucht hat, soll als nicht statuiert gelten."

Wie in dieser Stelle könnte wohl auch in l. 19 § 2 das verbo tenus diese Bedeutung haben in dem Sinne etwa, dass das, was pronuntiatur, ein dictum ist, gleichviel ob es eine Wirkung hat oder nicht.

Aber ich möchte doch lieber annehmen, dass in l. 19 § 2 auch mit dem quod verbo tenus pronuntiatum est lediglich das Erfordernis einer Form abgelehnt werden will.[14])

---

[13]) Sponsus bedeutet in l. 19 § 2 die Stipulation, vgl. l. 7 D. de V. S. 50. 16: „sponsio appellatur non solum quae per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque.

[14]) Auch waren keine certa verba erforderlich, wie bei der legum dictio des Sakralrechtes, von welcher Servius in Verg. Aeneid. , 89 sagt: est species augurii, quae legum dictio appellatur: legum

Um Form oder Formlosigkeit, nicht um Effekt oder Effektlosigkeit handelt es sich bei unserer Definition.

Die Formlosigkeit unterscheidet das dictum vom promissum: Während das erstere stets formlos war, konnte unter dem promissum sowohl das formlose, als auch das formelle Versprechen verstanden werden.[15])

---

dictio autem est, cum condictio (condicio?) ipsius augurii certa nuncupatione verborum dicitur, quali condicione augurium peracturus sit, noch überhaupt ein lingua nuncupare: Die l. 78 pr. D. de contr. empt. 18. 1 enthält die Bestellung einer Dareingabe durch schriftliches dictum: Fistulas emptori accessuras in lege dictum erat: quaerebatur, an castellum, ex quo fistulis aqua duceretur, accederet. respondi apparere id actum esse, ut id quoque accederet, licet scriptura non continetur. Verbum und sermo bezeichnen überhaupt nicht notwendig einen mündlichen Gedankenausdruck: Schriftlich sind ja auch die verba der XII Tafeln und der Magistrate, schriftlich kann der sermo des Testaments und Kodizills sein; aediles aiunt in l. 1 § 1 D. de aed. ed. 21. 1; praetor loquitur in Gaius IV § 160, und auch bei dem Worte lex (das dictum erfolgt in lege venditionis) wird, obwohl dasselbe mit λέγειν zusammenhängt, sofort an eine schriftliche Fassung gedacht: lex est constitutio scripta. (Isidorus orig. V. 3, 2).

[15]) Dieses ist, glaube ich, der einzige Unterschied, den der Jurist zwischen dem dictum und promissum aufstellen will. Dies folgt schon daraus, dass das dictum wohl auch als promissum bezeichnet wird: l. 19 pr. D. de aed. ed. 21, 1 an vero praestaturum se promiserit, quod dixit; s. auch Nonius Marcellus: dicere etiam promittere (Meykow, Diktion der römischen Brautgabe S. 14). Innerhalb des promissum wird dann die nuda promissio sive pollicitatio als formloses Versprechen dem sponsus als Stipulation entgegengesetzt. An die weitere Unterscheidung, welche die Glosse wieder zwischen der nuda promissio als einem pactum quod utroque consentiente fit und der pollicitatio trifft, als einem Verpflichtungsgrunde, ubi et unius tantum consensus (recte: voluntas) est, hat der Jurist wohl schwerlich gedacht; pollicitatio bedeutet nicht nur das einseitige Versprechen im Sinne der l. 3 pr. D. de pollicit. 50. 12: pollicitatio offerentis solius promissum, sondern auch das formlose zweiseitige Versprechen, wie z. B. in l. 5 C. de contr. stip. 8. 37, überhaupt das Versprechen ohne vorgängige Frage: pollicemur sponte, rogati promittimus (Servius in Verg. Aeneid. 1, 237).

In unseren Quellen finden wir die Dareingabe nirgends durch ein accedere promittere, sondern stets nur durch ein accedere dicere bestellt, also nur formlos, nicht auch durch Stipulation, während bei der Ansagung von Fehlern und Gelobung von Vorzügen mit dem dictum häufig das promissum zusammen genannt wird, so im ädilizischen Edikt: sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset (l. 1 § 1 D. de aed. ed. 21, 1), und in l. 19 § 6 D. de aed. ed. 21, 1; aus diesem, wohl nur zufälligen, Umstande dürfen wir aber kaum den Schluss ziehen, dass die Stipulation der Dareingabe nicht zulässig gewesen sei; denn, wo keine Form erforderlich, können die Parteien an jede Form sich binden, und sie werden die Stipulationsform auch bezüglich der Dareingabe häufig gewählt haben, um die Klage ex stipulatu zu begründen.

Das Dareingabediktum wurde gesprochen in lege mancipii oder venditionis d. h. in einer Verkaufsnebenbestimmung (l. 60, l. 78 pr., l. 40 § 1 D. de contr. empt. 18, 1). Den leges mancipii war Rechtswirksamkeit verliehen durch den Satz der XII Tafeln: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto, während die verbindliche Kraft der leges venditionis auf dem ius civile beruhte — s. Bechmann, Gesch. d. Kaufs S. 269 ff., S. 301, 656. Heyrovský, über die rechtliche Grundlage der leges contractus zwischen dem römischen Staat und Privaten S. 15. — Die leges venditionis pflegten bei der Tradition aufzutreten,[16]) und so wohl auch das Dareingabeversprechen. Allein nicht nur bei der Tradition, und nicht erst bei der Tradition

[16]) Dies wissen wir bestimmt von den die Eviktion betreffenden Ansagungen: s. Brinz, Pand. 2. Auflage, II. B. S. 713 Anm. 8 und 733 Anm. 9.

Das Auftreten der leges bei der Tradition scheint eine Nachwirkung des dinglichen Kaufes per mancipationem zu sein.

dürfte beim Konsensualkauf das Dareingabediktum in der Regel dann erfolgt sein, wenn nicht aus blosser Liberalität dareingegeben wurde: denn in diesem Falle war die Dareingabe von Einfluss auf die Festsetzung des Preises (l. 15 § 1 D. de in diem addict. 18, 2), und von ihrer Gewährung oder Versagung konnte das Zustandekommen des Kaufes abhängen (plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus l. 34 pr. D. de contr. empt. 18, 1).

Das Diktum erfolgte auf Seite des Verkäufers (l. 40 pr. D. de contr. empt. 18, 1; l. 6 § 6, l. 11 § 17, l. 26, l. 27. l. 53 pr. D. de A. E. V. 19, 1; l. 33 pr. D. de aed. ed. 21, 1; l. 5 und l. 75 D. de evict. 21, 2), also uno loquente (Epit. Gaii II, 9, 4), (im Gegensatze zur Stipulation, welche nach l. 1 pr. D. de V. O. 45, 1 non potest confici nisi utroque loquente), und enthielt offerentis solius promissum,

— s. Meykow, die Diktion der römischen Brautgabe S. 35 —,

wie gemäss l. 3 pr. D. de pollicit. 50, 12 die Pollizitation. Insofern hat die Glosse zu l. 19 § 2 D. de aed. ed. 21, 1 Recht, wenn sie sagt: aliud est dictum . . ., aliud est pactum. Aber freilich, eine Haftung kann aus dem Diktum nur entstehen, wenn dasselbe acceptiert und so ein Vertrag zustande gekommen ist. Das Accept braucht aber nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sondern es liegt schon in der widerspruchslosen Hinnahme der verkauften Sache,

— Brinz, Pand. 2. Aufl. Bd. II S. 710, Anm. 54 —,

und, wenn das Diktum schon in contrahenda emptione erfolgt, im Vertragsabschlusse.

Auch in den Quellen gelangt die Vertragsnatur der lex im Allgemeinen und die Vertragsmässigkeit der aus dem Diktum im Besondern entspringenden Haftung zum Ausdrucke.

Die Vertragsnatur der lex, welche ja auch als staats-

rechtliches Institut ein Vertrag war,[17]) geht hervor aus l. 11 D. de religos. 11, 7. Hier heisst es:

> Quod si locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur, quos ius est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri oportet.

Die lex musste hier stipuliert werden; wo aber die lex nicht stipuliert wurde, war sie ein pactum.

In anderen Stellen wechseln dictum und lex ab mit pactum (l. 40 pr. und l. 79 D. de contr. empt. 18, 1, l. 39 D. de pact. 2, 14), das legem dicere mit einem convenire (l. 13 § 26 D. de A. E. V. 19, 1; l. 23 D. de R. J. 50,

[17]) Mommsen, römische Geschichte, 3. Aufl. I. B. S. 78: „Wie das Rechtsverhältnis zwischen Regent und Regierten selbst durch mündliche Frage und Antwort kontraktmässig sanctioniert wird, so wird auch jeder Oberherrlichkeitsakt der Gemeinde zu Stande gebracht durch eine Anfrage (rogatio), welche der König . . . . . an die Bürger gerichtet und welcher die Mehrzahl der Curien zugestimmt hat; in welchem Fall die Zustimmung ohne Zweifel auch verweigert werden durfte. Darum ist den Römern das Gesetz nicht zunächst, wie wir es fassen, der von dem Souverän an die sämmtlichen Gemeindeglieder gerichtete Befehl, sondern zunächst der zwischen den konstitutiven Gewalten des Staates durch Rede und Gegenrede abgeschlossene Vertrag.“ In der Anmerkung fährt Mommsen fort: „Lex, eigentlich der Spruch (von λέγειν sprechen), bezeichnet bekanntlich überhaupt den Vertrag, jedoch mit der Nebenbedeutung eines Vertrages, dessen Bedingungen der Proponent diktiert und der Acceptant einfach annimmt oder ablehnt; wie dies z. B. bei öffentlichen Licitationen vorkommt.“

Die Vertragsmässigkeit der lex des römischen Staatsrechtes tritt namentlich hervor bei den zwischen dem römischen Staate und Privaten abgeschlossenen Rechtsgeschäften. Diese waren lex, wenn auch nur lex specialis. Denn diese Rechtsgeschäfte vollzogen sich nicht in den Formen des Privatrechts, ihre Wirkung beruhte weder auf den XII Tafeln noch auf dem Gewohnheitsrechte, sondern auf der Amtsgewalt der Magistrate, von welchen die Fassung der leges und die Offerte ausging; allein auch diese leges waren Verträge, der Spruch des Magistrats ein Vertragsantrag. — s. Heyrovský, über die rechtliche Grundlage etc. S. 18, 82, 83, 84.

17). Die l. 7 § 5 D. de pact. 2, 14 spricht von pacta, quae legem contractui dant.

Unter die pacta fällt ferner die „Ausnahme“ (das excipere) beim Verkauf (l. 43 D. de pact. 2, 14); warum sollte das adicere, die Dareingabe, nicht auch ein pactum sein?

Wäre das Dareingabediktum nicht vertragsmässig, so könnten wir auch keinen dissensus in corpore über die durch Diktum bestellte Dareingabe finden (l. 34 pr. D. de contr. empt. 18, 1).

Auch ist nicht glaubhaft, dass bei der ausdrücklich vereinbarten accessio bloss der Wille des Verkäufers entscheidend gewesen sein soll, nachdem es in l. 38 § 2 D. de A. E. V. 19, 1 von der stillschweigend bedungenen Accession heisst, es komme darauf an, nicht, was der Verkäufer allein, sondern was beide Parteien gewollt haben.

Ich kann diese Ausführungen nicht schliessen, ohne das condicere zu berühren.

Nach Bechmann, Kauf, I. T. S. 251 soll die Zweiseitigkeit des Diktums in einem condicere zum Ausdrucke gelangen in l. 66 pr. D. de contr. empt. 18, 1:

Pomponius libro XXXI. ad Quintum Mucium):

> In vendendo fundo quaedam etiam si non condicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut usus fructus eius, quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum praestatu iri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum.

Diese Stelle handelt u. a. von einer Dareingabe, nämlich von der Dareingabe von Servituten zum Grundstück.

Die l. 66 pr. hat aber Bechmann in unrichtigem Texte vorgelegen. Die florentinische Handschrift enthielt ursprünglich ein condicantur; dasselbe ist aber durch den corrector ordinarius in ein dicantur verbessert.

Gesetzt aber, condicantur wäre der richtige Text, so liesse sich aus diesem Worte sicherlich nicht auf eine Zwei-

seitigkeit der Erklärung schliessen, denn nach Festus de V. S. s. h. v. kann das condicere auch eine einseitige Erklärung bedeuten: condicere est dicendo denunciare.

§ 5.

Wirkung, Inhalt und Bedeutung des Dareingabediktums.

Das Dareingabediktum hatte, wie das Diktum überhaupt, im justinianischen Rechte eine obligatorische Wirkung, wofern es nicht etwa erst bei der Tradition erfolgte oder bei dieser wiederholt wurde und je nach Umständen, wie bei der Tradition von Immobilien, auf welchen die Dareingabe sich befand, mit der Tradition der Hauptsache sich die der Dareingabe vollzog.

Ob nicht im vorjustinianischen Rechte, unter der Herrschaft des Manzipationskaufes, die Wirkung des Dareingabediktums eine dingliche war, wage ich nicht zu entscheiden. Für die dingliche Wirkung spricht der Umstand, dass nach Servius in Verg. Georgica 1, 31, wenn anders die Lesart dicebantur, wofür andere lesen dabantur, die richtige ist, auch die dotis dictio dingliche Wirkung gehabt hat:

> quandoque in manum convenerat, omnia protinus, quae doti dicebantur, marito serviebant (al. mariti erant);

protinus hat hier, wie das continuo in l. 1 § 1 D. pro socio 17, 2, die Bedeutung von sine traditione. Für eine ursprünglich dingliche Wirkung sprechen möglicherweise auch Stellen wie l. 40 § 1 D. de contr. empt. 18, 1:

> In lege fundi aquam accessuram dixit: quaerebatur, an etiam iter aquae accessisset etc.,

und l. 34 pr. D. eod.:

> Si in emptione fundi dictum sit accedere Stichum servum neque intellegatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emptor, de alio venditor senserit, nihilo minus fundi venditionem valere constat. sed Labeo ait eum Stichum deberi quem venditor intellexerit;

wenn trotz des Dissenses über die Dareingabe gleichwohl eine Dareingabe in obligatione ist, wie nach dem labeonischen is Stichus debetur quem venditor intellexerit, so ist sie accediert unmittelbar durch das Diktum, nicht erst durch die Leistung.[18]) Auch könnten wir fragen, ob die regula der l. 31 § u. D. de aed. ed. 21, 1 nicht ursprünglich gelautet hat: quod emptioni accedit, partem esse mancipationis, statt partem esse venditionis. Nicht von einer dinglichen, sondern von einer obligatorischen Wirkung scheint mir zu sprechen das Scholion zu Basil. XIX. 10, 45 = l. 45 D. de aed. ed. 21, 1 (Heimbach, Basil. suppl. S. 279 Anm. 337), wo es heisst: Προσθήκας τὰς μετὰ τὴν δουλείαν προστεθείσας φησὶν, οἷον πεκούλιον ἢ φέλωνην (recte φαιλόνην) ἢ ἕτερον τοιοῦτον ἐνοχοποιηθέν etc. Ἐνοχοποιεῖν bedeutet nach Ducange soviel wie obligare. Wenn aber hier von einem „obligatum" die Rede ist, so denken wir nicht an eine dingliche rei obligatio, sondern res obligata ist hier das „Wofür" einer persönlichen, d. h. obligatorischen Haftung.

Wie gesagt: Im justinianischen Rechte hat das Dareingabediktum, unter der eingangs getroffenen Einschränkung, eine obligatorische Wirkung: Die Dareingabe muss prästiert werden:

l. 33 pr. D. de aed. ed. 21, 1:

Proinde Pomponius ait iustam causam esse, ut quod in venditione accessurum esse dictum est tam integrum

[18]) Nicht auch kann der Ausspruch Labeos, dass is Stichus debetur quem venditor intellexerit, auf die ursprüngliche Dinglichkeit des Dareingabediktums zurückgeführt werden. Hier liegt Dissens über die Dareingabe in Mitte; der Dissens aber macht ebenso die dinglichen, wie die obligatorischen Geschäfte ungültig. Meines Erachtens lässt sich das eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit, aus den Grundsätzen des strengen Rechtes nicht erklären, s. S. 87 ff; wollten wir dies gleichwohl thun, so müssten wir nicht Dinglichkeit, sondern Einseitigkeit des, gleichviel ob dinglichen oder obligatorischen, Diktums behaupten.

praestetur, quam illud praestari debuit quod principaliter veniit etc.

eod.: quia non dixit certum corpus accessurum, sed peculium tale praestare oportere;

l. 66 pr. D. de contr. empt. 18, 1: In vendendo fundo quaedam etiam si non dicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut usus fructus eius, quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum praestatu iri: etc.[19])

Wir finden überhaupt alle Dikta, nicht bloss das Dareingabediktum, mit einem praestare oportere verbunden, so besonders oft die Ansagung von Fehlern und Garantie von Vorzügen einer verkauften Sache (l. 43 pr. D. de contr. empt. 18, 1; l. 17 § 20, l. 18 § 1, l. 19 § 1, § 4 D. de aed. ed. 21, 1).

Diese Wirkung ist dem Diktum so wesentlich, dass sie sogar beabsichtigt sein muss, widrigenfalls das Diktum als solches gar nicht anerkannt wird:

l. 19 § 3 D. de aed. ed. 21, 1:

Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quaecumque sic dicuntur, ut praestentur, non ut iactentur.

Die auf das praestare oportere gerichtete Absicht des Dareingabediktums dürfen wir seinen Inhalt nennen.

Um aber diesen Inhalt gründlicher zu erkennen, müssen wir den Sinn des praestare prüfen; denn das Wort praestare bezeichnet sowohl die Leistung einer Sache, als auch die Leistung einer Entschädigung — s. Brinz, Pand. 2. Aufl. Bd. II S. 92.

[19]) Dass wir statt des accedere dicere in l. 33 pr. D. de aed. ed. 21. 1 und in l. 66 pr. D. de contr. empt. 18. 1 ein dicere praestare oportere finden, beweist nicht, dass das praestare oportere in die lex venditionis selbst aufgenommen wurde, sondern es wird in den zitierten Stellen lediglich das accedere dicere in seinen obligatorischen Inhalt aufgelöst.

Eine Reihe von Stellen nötigt uns, dem praestare oportere bezüglich der Dareingabe in erster Linie die Bedeutung beizulegen, dass die Dareingabe tradiert werden muss:

l. 27 D. de A. E. V. 19, 1:

Quidquid venditor accessurum dixerit, id integrum ac sanum tradi oportet: veluti si fundo dolia accessura dixisset, non quassa, sed integra dare debet.

l. 60 D. de contr. empt. 18, 1: Comprehensum erat lege venditionis dolia sexaginta emptori accessura: cum essent centum, in venditoris fore potestate responsum est quae vellet dare.

l. 54 § 1 D. de A. E. V. 19, 1: Si dolia octoginta accedere fundo, quae infossa essent, dictum erit, et plura erunt quam ad eum numerum, dabit emptori ex omnibus quae vult, dum integra det.: etc.[20])

Die Identität des praestare mit dem tradere ist zwar nicht in Ansehung der Dareingabe, wohl aber in Ansehung der Hauptsache ausdrücklich ausgesprochen in l. 11 § 2 D. de A. E. V. 19, 1:

et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere.

Das Dareingabediktum enthält also das Versprechen einer Eigentumsbeschaffung und ist somit ein konstitutives Diktum. Dieses Versprechen ist klagbar mit der actio empti und zwar selbständig, d. h. nicht bloss in Verbindung mit der Klage auf die Hauptsache: arg. l. 75 D. de evict. 21, 2: si vero emptor petat viam vel actum etc.[21])

[20]) Bei der Dareingabe von Forderungen tritt an die Stelle der traditio die Klagencession: l. 52 § 2 D. de A. E. V. 19. 1.

[21]) Von einer gleichzeitigen Klage auf Leistung der Hauptsache kann hier deswegen keine Rede sein, weil nach dem Thatbestande der l. 75 cit. das Grundstück bereits tradiert ist: nisi ut optimus maximusque esset traditus fuerit fundus . . . ut qui optimum maximumque fundum tradidit, etc.

Die konstitutive Eigenschaft des Dareingabediktums will deswegen besonders betont sein, weil sie in der Litteratur gründlich verkannt worden ist.

Nach Bechmann (Kauf I. T. S. 261) fällt das Diktum, die „Angabe" der Accessionen, nur unter den Gesichtspunkt der Beschreibung des Kaufobjektes. Bechmann zählt das Diktum über die Accessionen zu den konstatierenden dicta und stellt es auf Eine Stufe mit dem Diktum bezüglich der Existenz von Passivservituten und Aktivservituten (als wenn die letzteren nicht auch durch das Diktum neu errichtet werden könnten).

Ähnlich sagt Zitelmann (Irrtum und Rechtsgeschäft S. 588), es sei für die Hauptsache nur eine Eigenschaft („im weitesten Sinne des Wortes"), eine Nebensache zu haben.

Auch Göppert (org. Erz. S. 64 Anm. 23) erblickt in dem Diktum der l. 54 § 1 D. de A. E. V. 19, 1 „ein besonderes Versprechen über das Vorhandensein gewisser Teile."

Nach der Ansicht dieser Autoren könnte das praestare oportere nur eine Ersatzleistung für Nichtanwesenheit der Accession sein.

Die Meinung der zitierten Schriftsteller enthält sehr viel Richtiges. Die Dareingabe wird in den Quellen thatsächlich zuweilen als eine Eigenschaft der Hauptsache hingestellt:

l. 18 § 2 D. de aed. ed. 21, 1: Aeque si quis simpliciter dixerit peculiatum esse servum etc.

Zu beherzigen ist hier das aeque: das dicere peculiatum esse servum wird dem cocum esse dicere des vorhergehenden § 1 an die Seite gestellt.

So gut ferner ein servus vestitus, ein fundus instructus legiert werden konnte (arg. l. 13 D. de pec. leg. 33, 8; l. 5 D. de instruct. vel instr. leg. 33, 7), so gut konnte wohl

auch ein servus vestitus und fundus instructus verkauft werden.

Eine Konstatierung liegt ferner vor, wenn adfirmatur dolia centum in fundo esse (l. 26 D. de A. E. V. 19, 1) oder dicitur hominem peculium habere decem (l. 38 pr. D. eod.).

Von einer falschen Konstatierung spricht endlich das mentiri de peculio in l. 13 § 4 D. de A. E. V. 19, 1 und Paull. rec. sent. II. 17, 6.

Allein auch auf Grund des konstatierenden (beschreibenden, qualifizierenden) Diktums wurde eine Klage auf Leistung der Dareingabe sicherlich gewährt. Es lässt sich dies ableiten nicht so fast aus der l. 26 D. de A. E. V. 19, 1: Si quis, cum fundum venderet, dolia centum, quae in fundo esse adfirmabat, accessura dixisset, quamvis ibi nullum dolium fuisset, tamen dolia emptori debebit — man könnte hier einwenden, der Anspruch auf Leistung der Fässer entspringe lediglich aus dem konstitutiven dolia accessura dicere, nicht aus dem konstatierenden dolia in fundo esse adfirmare[22]) — wohl aber aus der Analogie des Legats eines fundus instructus. Wenn fundus instructus vermacht ist, so sind das zwei Legate:

l. 1 pr. D. de instruct. vel instr. leg. 33, 7:
Sive cum instrumento fundus legatus est sive instructus, duo legata intelleguntur.

Es wird also so angesehen, als ob das instrumentum patris familias (dieses ist beim fundus instructus nach l. 12 § 27 D. de instruct. vel instr. leg. 33, 7 gemeint) eigens

[22]) Das tamen dolia debebit in l. 26 steht nicht im Gegensatze zu einem Interesseanspruche, sondern im Gegensatze zu einem nihil deberi: Das quae in fundo sunt ist nicht „taxationis vice" (siehe über diesen Ausdruck l. 5 D. de tritic. leg. 33. 6) hinzugefügt, sondern die versprochene Zahl muss geleistet werden ohne Rücksicht darauf, ob sich die Fässer schon auf dem Grundstücke befinden, oder nicht.

vermacht worden wäre. In gleicher Weise, können wir sagen, ist es beim Kauf eines fundus instructus so zu halten, als wäre das instrumentum eigens verkauft d., h. es ist ein Anspruch auf Tradition des instrumentum zulässig.

Die konstatierende Form des Diktums ist aber insofern von Bedeutung, als mit dem Anspruche auf die Leistung ein Interesseanspruch wegen Nichtvorhandenseins der Accession konkurriert:

l. 13 § 4 D. de A. E. V. 19, 1:

Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est aut de peculio, empti eum iudicio teneri, ut praestaret emptori, quanto pluris servus esset,[23] si ita peculiatus esset vel eo artificio instructus.

l. 38 pr. D. eod:

Si venditor hominis dixit peculium eum habere decem nec quemquam adempturum, et (Mommsen: esse) si plus habet, totum praestet, nisi hoc actum est, ut dumtaxat decem praestaret, si minus est, praestet esse decem et talem servum esse, ut tantum peculii habeat.

Hier zeigt sich eine Ähnlichkeit zwischen dem konstatierenden Dareingabediktum und den Garantiestipulationen, welch' letztere nach l. 31 D. de dupl. stip. 21, 2, mögen sie das Wort praestari enthalten oder nicht, hoc continent horum quid esse vel horum quid non esse.

Auch in anderer Beziehung war die konstatierende Form von praktischem Belange: Wurde die Dareingabe in der Weise gewährt, dass eine Eigenschaft der Hauptsache konstatiert wurde, so konnte, wenn diese Eigenschaft nicht vor-

[23]) Servus esset liest Krüger statt des handschriftlich überlieferten servum emisset. Mit einigem Zwang könnten wir das letztere aufrecht erhalten, indem wir übersetzen: „einen um wieviel höher wertigen Sklaven er gekauft hätte."

handen war, ex parte edicti „quod dixit promisitve" um der Dareingabe willen die Hauptsache redhibiert werden, was bei dem lediglich konstitutiven Diktum, wie mir scheint, und wie ich unten im § 9 darthun werde, nicht der Fall ist.

War endlich die accessio in geringerem Betrage konstatiert, als wirklich vorhanden, so musste im Zweifel gleichwohl der ganze Betrag, in welchem die accessio bestand, geleistet werden; siehe in l. 38 pr. D. cit. das et si plus habet, totum praestet, nisi hoc actum est, ut dumtaxat decem praestaret. Man wende nicht ein, das totum praestet beruhe nicht auf der konstatierenden Form des Diktums, sondern auf dem nec quemquam adempturum. Auch ohne diese Worte hat das dicere peculium hominem habere decem diese Folge, s. die Synopsis (Heimbach, Basil. B. II S. 294):

> Πωλῶν δοῦλον εἶπον, αὐτὸν ἔχειν πεκούλιον δέκα νομισμάτων, εἰ μὲν ἧττόν ἐστιν, ἀναπληρῶ τὰ δέκα νομίσματα· εἰ δὲ πλέον ἔχει, τὸ πᾶν ὁ ἀγοραστὴς λαμβάνει, εἰ μὴ ἔδοξε, μόνον τῶν δέκα λαβεῖν αὐτόν,

und den Tipucit (ebendort):

> Καὶ περὶ τοῦ, εἰ πωλῶν δοῦλον εἶπον, ἔχειν αὐτὸν πεκούλιον δέκα νομισμάτων, καὶ εὑρεθῇ πλέον ἔχων, ἢ ἧττον.

Es steht also fest, dass es konstatierende Dareingabedikta giebt, aber nicht alle sind konstatierend, und die konstatierenden Dikta sind nicht allein konstatierend, sondern auch konstitutiv.

Eine Konstatierung kann nur dann vorliegen, wenn die Dareingabe bestimmungsgemäss der Hauptsache dient und zu derselben schon beim Verkäufer in einem objektiven Zugehörigkeitsverhältnisse gestanden hat. In solchen Fällen, wie z. B. wenn dem Grundstücke Fässer accedieren, dem Sklaven das Pekulium, liegt in der Tradition der Hauptsache auch die Tradition der Dareingabe, sofern dieselbe sich bei der Hauptsache befindet, und mit

dem konstatierenden Diktum ist ein ausdrückliches oder stillschweigendes Versprechen der Nichtzurücknahme verbunden: ein ausdrückliches z. B. in l. 38 pr. D. de A. E. V. 19, 1, wo venditor hominis dixit peculium eum habere decem nec quemquam adempturum, ein stillschweigendes in l. 35 D. de statulib. 40, 7, in welcher es heisst, dass der Verkäufer einen Sklaven mit seinem Pekulium verkauft und dann „fide rupta" das Pekulium zurückbehalten hat, wo also die dem Verkäufer obliegende Treue nicht in einem Leisten, sondern in einem Nichtzurückbehalten erblickt wird.

Umgekehrt kann nur in konstitutiver Form die Dareingabe erfolgen, wenn vermöge der weitgehenden Vertragsfreiheit Dinge dareingegeben werden wollen, die in gar keinem Verhältnisse der Zugehörigkeit zur Hauptsache stehen können; hier findet schon die Sprache für die Konstatierung keinen Ausdruck. Das Gesagte gilt auch dann, wenn zwar eine Zugehörigkeit möglich wäre, diese aber, solange die Hauptsache beim Verkäufer war, nicht bestanden hat. Eine Konstatierung kann sich ja nur auf die Vergangenheit oder Gegenwart beziehen. Während daher das konstatierende dicere peculiatum esse servum (l. 18 § 2 D. de aed. ed. 21, 1), hominem habere decem (l. 38 pr. D. de A. E. V. 19, 1), und das in fundo esse adfirmare (l. 26 D. de A. E. V. 19, 1) in der Gegenwart sprechen, kann sich das ausschliesslich konstitutive Diktum auch der futurischen Form bedienen. Beispiele hierfür bieten uns l. 40 § 1, l. 60, l. 68 pr., l. 78 pr. D. de contr. empt. 18, 1; l. 6 § 1 D. de lege comm. 18, 3; l. 6 § 6, l. 11 § 17, l. 26, l. 27 D. de A. E. V. 19, 1; l. 32, l. 33 pr. D. de aed. ed. 21, 1; l. 5 und l. 75 D. de evict. 21, 2.

§ 6.
Ökonomische und rechtliche Qualifizierung der Dareingabe.

Mit der Erörterung der Frage, ob das Dareingabediktum konstatiert oder konstituiert, das praestare oportere also beispielsweise ein decem praestare oder ein decem esse praestare ist, ist Inhalt und Bedeutung des Dareingabediktums noch nicht genügend dargethan.

Wir haben des Weiteren zu prüfen, ob diese Prästation eine Schenkung, oder ob sie ein Verkauf ist.

Hier kann sich ein Zwiespalt zwischen der ökonomischen und der rechtlichen Beurteilung ergeben.

Ökonomisch betrachtet ist die Dareingabe bald geschenkt, bald verkauft, je nachdem für sie ein Entgelt gewährt wird oder nicht.

Von einer Mehrzahlung um der Dareingabe willen sprechen folgende Stellen:

l. 15 § 1 D. de in diem add. 18, 2:
Si fundus in diem addictus fuerit pluris, ut quaedam ei accedant, quae non accesserint priori emptori, si non minoris sint hae res, quam quo pluris postea fundus venierit, prior venditio valet, quasi melior condicio allata non sit: si minoris sint, non valet.

l. 13 § 4 D. de A. E. V. 19, 1: Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est aut de peculio, empti eum iudicio teneri, ut praestaret emptori, quanto pluris servus esset, si ita peculiatus esset vel eo artificio instructus.

Plaut. Curc. II, 3, 64: quia de illo emi virginem XXX minis, vestem, aurum: et pro his decem coaccedunt minae.

Plaut. Pers. IV, 4, 118 ff.: [Sagaristio]: heus tu, etiam pro vestimentis huc X accedent minae?

[Dordalus] abscedent enim, non accedent.[24])

Von einer unentgeltlichen Dareingabe handelt dagegen:

Plaut. Epid. III, 4, 37: Quae accessere tibi addam dono gratiis,

und die schon in § 3 zitierte Stelle aus Cic. Topic. c. 26: fecique

[24]) Hier ist es am Platze, über die accessio zu sprechen, welche von Seite des Käufers geleistet wird (l. 1 § 1, l. 23 § 1, l. 27, l. 29 § 2, l. 31 pr. und § 6, l. 45 D. de aed. ed. 21. 1).

Mit dieser kann nicht ein besonderes Kaufgeld gemeint sein, wie Huschke, Nexum S. 210, und Göppert org. Erz. S. 76 annehmen. Ein solches besonderes Kaufgeld für jede einzelne Sache lässt sich auch bei den una venditione koordiniert veräusserten Sachen nicht nachweisen. Wenn es in l. 36 D. de aed. ed. 21. 1 heisst: quod si singulorum mancipiorum constituto pretio universa tanti venierunt, quantum ex consummatione singulorum fiebat, tunc cuiusque mancipii pretium, seu pluris seu minoris id esset, sequi debemus, so ist hier unter pretium lediglich die zum Behufe der Preisbestimmung für jede einzelne Spezies besonders angesetzte Summe zu verstehen; denn nach dem Eingange der Stelle: si plura mancipia uno pretio venierint, bestehen nicht mehrere pretia, sondern unum pretium, wie auch nur una venditio.

Die accessio, welche der Käufer gewährt, kann aber auch nicht, wie Göppert, loc. cit. Anm. 62 meint, ein Zuschlag zum Preise um der Dareingabe willen sein; denn wir haben keinen Beleg dafür, dass ein Darauflegen von Geld auf Geld jemals als accessio gedacht wurde. In l. 31 § 6 cit. wird, wenn nicht nach minder guten Handschriften zu lesen ist fructus et accessiones, statt fructus accessionis, als accessio, die der Käufer giebt, eine Sache, nämlich eine Sklavin genannt, wie denn nach Cato R. R. c. 144 und 145 auch zur merces bei der Dienstmiethe eine Sache dareingehen konnte. Namentlich werden (s. Huschke, a. a. O.) hierher auch die Zinsen des Kaufgeldes nach der Zeit der Tradition gehören. Dass mit der accessio der l. 45 D. de aed. ed. 21. 1 auch noch andere Dinge gemeint sein konnten, geht hervor aus dem Scholion der Πεῖρα zu Basil. XIX. 10, 45 = l. 45 D. cit. (Heimbach. Basil. suppl. S. 279 Anm. 337): Προσθήκας τὰς μετὰ τὴν δουλείαν προστεθείσας φησίν, οἷον πεκούλιον ἢ φέλωνην (lies φαιλόνην) ἢ ἕτερον τοιοῦτον ἐνοχοποιηθὲν ἢ τὰ κατ' ἐντολὴν τοῦ ἀγοραστοῦ ἐρωτηθέντα (lies ἐπερωτηθέντα) αὐτῷ περὶ τοῦ τιμήματος. ἢ τυχὸν εἰ ἐναχθέντος τοῦ ἀγοραστοῦ διὰ τὸν δοῦλον οὐ πείθεται ὁ πράτης ἀσφαλίσασθαι ποιῆσαι τὸ ἀζήμιον αὐτῷ.

quod saepe liberales venditores solent, ut, cum aedes fundumve vendiderint rutis caesis receptis, concedant tamen aliquid emptori, quod ornandi causa apte et loco positum esse videatur.

Der ökonomischen Absicht nach kann also die Dareingabe eben so wohl geschenkt als verkauft sein.

Anders verhält es sich mit ihrer rechtlichen Qualifizierung.

Von Rechtswegen wird die Dareingabe, wo wir sie in den Quellen treffen, stets als verkaufte Sache behandelt.

Als Beleg ist voranzustellen die regula iuris antiqui, welche uns überliefert ist in l. 31 § 25 D. de aed. ed. 21, 1: (Ulpianus libro I. ad edictum aedilium curulium):

> Quod emptioni accedit, partem esse venditionis prudentibus visum est.

Dass unter dem, quod emptioni accedit, mindestens auch die Dareingabe[25]) verstanden ist, geht aus der sofortigen l. 32

[25]) Nicht ganz so sicher ist, dass darunter nur die Dareingabe, nicht auch die Pertinenz verstanden ist. Die Frage, ob die Pertinenz von den Römern als verkauft betrachtet wurde, ist deshalb wichtig, weil von ihrer Bejahung oder Verneinung die Beantwortung der am Schlusse des § 3 S. 27 unentschieden gelassenen Frage abhängt, ob die Pertinenz selbständig klagbar ist, und ob bei ihr Eviktion und Mängel prästiert werden müssen.

Nach l. 75 D. de evict. 21. 2 dürfte die Frage zu verneinen sein, und dies würde übereinstimmen mit der sonstigen Behandlung der stillschweigenden Accession im römischen Rechte. Dieselbe hat für uns etwas Befremdliches; denn während wir gewohnt sind, zu sagen, es werde etwas stillschweigend als accessio mitlegiert, mitkommodiert, mitdeponiert, sprechen die Römer von Sachen, die dem legatum, commodatum, depositum folgen, aber, weil accessio, nicht legiert, nicht kommodiert, nicht deponiert sind:

l. 4 pr. D. de penu leg. 33. 9: nam quod liquidae materiae sit quia per se esse non potest, rapit secum in accessionis locum id sine quo esse non potest: vasa autem accessio legatae penus, non legata sunt.

l. 14 § 15 D. de furtis 47. 2: nam et si servum tibi commodavero, et vestis eius nomine furti ages, quamvis vestem, qua

und 33 hervor, welche, mit itaque und proinde an die l. 31 § 25 anknüpfend, eine Dareingabe vor sich haben. Die l. 32 cit. stellt ferner sicher, dass die Dareingabe, indem sie Teil des Verkaufs[26]) genannt wird, als verkaufte Sache bezeichnet

---

vestitus est, tibi non commodaverim. item si iumenta tibi commodavero, quorum sequella erat eculeus, puto tibi competere furti actionem etiam eius nomine, quamvis ipse non sit commodatus.

l. 1 § 5 D. depositi 16. 3: Quae depositis rebus accedunt, non sunt deposita, ut puta si homo vestitus deponatur, vestis enim non est deposita: nec si equus cum capistro, nam solus equus depositus est.

Zu dieser Stelle bemerkt Brinz, Pand. 2. Aufl. Bd. II S. 611 Anm. 57: „Die Dinge, welche depositis rebus accedunt, sind keine Accession im Sinne einer Dareingabe, Zuwage; ob aber nicht Pertinenz?"

Worauf diese Anschauung der Römer beruht, ist mit Sicherheit kaum mehr zu ermitteln. Eine παραγραφή des Nomophylax zu Basil. XIII, 2, 1 = l. 1 § 5 cit., welche nach einem Scholion zu Basil. LX, 12, 14 = l. 14 § 15 cit. (Heimbach, Basil. Bd. V S. 463 Anm. 44) den Grund angeben sollte, warum in l. 14 § 15 die Accession der kommodierten Sache nicht kommodiert ist, ist uns leider nicht erhalten, und die übrigen Scholien zu Basil. XIII, 2, 1 (Heimbach, Basil. Bd. II S. 25 ff.) geben uns keine Aufklärung.

Cujacius meint, in l. 1 § 5 cit. accediere vestis servo und capistrum equo nur „occasionis iure"; vestis und capistrum würden als depositum betrachtet nicht per se, sondern nur, weil sie Accession sind.

Brinz hingegen a. a. O. vermutet, das quae depositis rebus accedunt, non sunt deposita wolle sagen, dass die actio depositi nicht selbständig auf die accessio gehe.

[26]) Venditio heisst hier, wie gewöhnlich, der Kaufvertrag. In der Otto-Schilling-Sintenis'schen Übersetzung hingegen wird die pars venditionis verstanden als „Teil der verkauften Sache". Sprachlich liesse sich hiergegen nichts einwenden. Die Dareingabe galt aber sicherlich nicht für einen Teil der Hauptsache. Denn auch von mehreren koordiniert veräusserten Dingen wurde keines als Teil des anderen betrachtet (l. 72 D. de evict. 21. 2). Als Teil erscheint einer von zwei uno pretio koordiniert verkauften Sklaven in l. 28

werden will; sie schreibt nämlich die dicta und promissa hinsichtlich der Mängel auch beim dareingegebenen Sklaven vor; auf diesen sind aber die Worte des ädilizischen Edikts: „qui mancipia vendunt" nur dann anwendbar, wenn er als verkauft betrachtet wird.

Auch Donellus, comm. ad tit. dig. de aed. ed. c. 4 opp. tom. 10 col. 1345 legt der Regel der l. 31 § 25 den Sinn bei, dass die Dareingabe verkauft ist: et quia pars venditionis sit, venditus quoque intelligetur.

Eine andere hier einschlägige Stelle ist die l. 6 § 6 D. de A. E. V. 19, 1:

> Sed si fundum tibi vendidero et ei fundo iter accessurum dixero, omnimodo tenebor itineris nomine, quia utriusque rei quasi unus venditor obligatus sum.

Diese Stelle erklärt denjenigen, der eine Sache mit einer Dareingabe veräussert, wegen Eviktion in der gleichen Weise haftbar, wie einen unus venditor utriusque rei.[27])

§ 4 D. de donat. int. vir. et ux. 24. 1: Quod si ex decem duos servos emerit et eorum alter mortuus sit, alter decem dignus sit, solet quaeri. et plerique et Pomponius interesse putant, utrum uno pretio venierint an diversis: si uno, tota decem petenda, quemadmodum si una res empta deterior facta est, vel grex vel carrucha et aliqua pars inde perisset etc. Hier ist aber nicht eine Sache Teil der anderen, sondern jede gleichmässig Teil eines höheren Ganzen, und wir denken bei dieser Stelle an l. unic. § 10 e C. de caduc. toll. 6. 51, in welcher es von den verbis coniuncti heisst, dass sie propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt.

Die bei Otto-Schilling-Sintenis vertretene Meinung dürfte vielleicht dem Irrtum entsprungen sein, dass die Dareingabe eine Pertinenz, die Pertinenz aber Teil der verkauften Sache sei. Ihre praktische Konsequenz wäre die, dass unter Umständen wegen Eviktion der Dareingabe nicht bloss simplum prästiert werden müsste, sondern das duplum, nämlich aus der der duplae stipulatio wegen der Hauptsache etwa hinzugefügten partis adiectio (si hominem partemve eius mihi habere eo quod evictus fuerit non licebit, duplam spondes?).

[27]) Unus venditor ist meines Wissens, wie una venditio (l. 34

Bei der una venditio plurium rerum aber gilt jede einzelne Sache als verkauft:

Gaius IV, § 59:

— quia verum est eum qui duos emerit singulos quoque emisse.

Wenn wir ferner in l. 13 § 16 D. de A. E. V. lesen, es müsse bei der Dareingabe culpa praestiert werden:

In his autem, quae cum re empta praestari solent, non solum dolum, sed et culpam praestandam arbitror: nam et Celsus libro VIII. digestorum scripsit, cum convenit, ut venditor praeteritam mercedem exigat et emptori praestet, non solum dolum, sed et culpam eum praestare debere,

so ist unter culpa auch die diligentia zu verstehen, zu deren Prästation zwar der Verkäufer, nicht aber auch der Schenker, welcher nur für l a t a culpa haftet, verpflichtet ist:

l. 68 pr. D. de contr. empt. 18, 1: Si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere etc.

Ausdrücklich endlich wird das Dareingehen als ein venire bezeichnet in l. 17 § 6 D. de A. E. V. 19, 1:

Gallus autem Aquilius, cuius Mela refert opinionem, recte ait frustra in lege venditionis de rutis et caesis contineri (caveri?), quia, s i n o n s p e c i a l i t e r v e n i e r u n t, ad exhibendum de his agi potest etc.

Wir finden allerdings auch Stellen, welche die Dareingabe in Gegensatz zur verkauften Sache bringen:

l. 44 pr. D. de aed. ed. 21, 1:

---

pr. D. de aed. ed. 21. 1) und una emptio (§ 1 eod.) ein ἅπαξ εἰρημένον und bezeichnet offenbar denjenigen, der mehrere Sachen una venditione verkauft. Die O t t o - S c h i l l i n g - S i n t e n i s'sche Übersetzung versteht unter unus venditor den „alleinigen Verkäufer". Aber sind denn plures venditores in Frage?

et nonnumquam vicarius qui accedit pluris est, quam is servus qui venit,

ferner l. 11 § 17 D. de A. E. V. 19, 1:

Si quis rem vendiderit et ei accessurum quid dixerit, omnia quidem, quae diximus in re distracta, in hoc quoque sequenda sunt (sint) etc.

Allein hier ist die res quae venit diejenige Sache, welche dem Kaufe gleichsam seinen Namen giebt; man spricht nicht von venditio servi et peculii, sondern nur von venditio servi, etwa noch cum peculio.

„Der Kauf ist trotz der durch die Zugabe bewirkten mehreren Gegenstände .... doch nur una emptio und zwar Kauf der Hauptsache." (Göppert, org. Erz. S. 76.)

„Der Kaufvertrag ist geschlossen über die Hauptsache, nicht über die Nebensache." (Bechmann, Kauf, II. T. 1. Abt. S. 366.)

Wo der Jurist genau spricht, wird das accedere einem principaliter venire, nicht einem venire schlechtweg entgegengesetzt:

l. 33 pr. D. de aed. ed. 21, 1:

Proinde Pomponius ait iustam causam esse, ut quod in venditione accessurum esse dictum est tam integrum praestetur, quam illud praestari debuit quod principaliter veniit.

Den Gegensatz zwischen der rechtlichen Qualifizierung und einer vom Rechte nicht anerkannten ökonomischen Absicht bringt uns vielleicht zum Ausdrucke eine Urkunde; auf der bei Bruns, fontes 4. Aufl. S. 206, überlieferten siebenbürgischen Tafel ist die Rede von einer puella empta sportellaria. Bruns bezeichnet in Anm. 6 das sportellaria vorsichtig als vox incognita und fügt hinzu: Mommsen puellam intellegit non proprio pretio emptam sed in emptione matris sportulae causa quasi munusculum adiectam.

Hier hätten wir, nach Mommsen, eine Dareingabe, die, der Absicht nach geschenkt, von Rechtswegen gleichwohl gekauft ist (empta sportellaria).

Wir dürfen jedoch nicht übersehen, dass die Quellen durchgängig sich mit Fällen beschäftigen, in welchen die Dareingabe in lege venditionis zugesagt ist. Hier ist ein Zwiespalt zwischen der ökonomischen und rechtlichen Qualifizierung erträglich. Denn durch das Diktum wird der Verkäufer obligiert, gleichviel ob er zum Geschenk, oder in Anrechnung auf den Kaufpreis versprochen hat. Man kann sagen, die Freigebigkeit hört mit der obligatio auf. Dass aber die Dareingabe auch dann, wenn sie nicht nur aus Liberalität, sondern auch unmittelbar durch datio erfolgte, in der venditi obligatio mit einbegriffen war, dürfen wir, mag die regula der l. 31 § 25 D. de aed. ed. 21, 1 noch so allgemein sprechen, füglich bezweifeln.

§ 7.

Die Dareingabe eine accessio.[28])

Nachdem sich gezeigt, dass der Kauf einer Sache unter Dareingabe einer anderen eine una venditio ist, ist sofort hinzuzufügen, dass diese una venditio nicht von der gewöhnlichen Art ist, sondern eigentümlich gestaltet durch das Verhältnis der Dareingabe zur Hauptsache. Bei der regelmässigen Art der una emptio ist ein Vorrang der einen Sache vor der anderen nicht bemerkbar; alle stehen einander gleich gegenüber. Anders verhält es sich beim Kauf einer Sache mit Dareingabe. Hier tritt die Dareingabe vor

[28]) Dieser Abschnitt handelt von der „Accessorietät" der Dareingabe. Ich habe dieses Wort nicht gebraucht, weil es sich vermeiden liess. Es ist ebenso unlateinisch, wie das Wort accessorius (klassisch: sequens).

der anderen Sache, welche im Vergleich zu ihr die Hauptsache, res principalis (arg. l. 2 D. de pec. leg. 33, 8), oder, wie wir im vorigen Paragraphen gesehen haben, geradezu die verkaufte Sache genannt wird, in den Hintergrund. Dadurch, dass die Parteien eine Sache zur Dareingabe machen, geben sie zu erkennen, „dass der Schwerpunkt des Interesses am Vertrage nicht dahin, sondern in die Hauptsache fällt," — Bechmann, Kauf II. T. 1. Abt. S. 366.

Auch hier kann sich — siehe Bechmann, loc. cit. — ein Widerstreit zwischen der ökonomischen und rechtlichen Qualifizierung der Dareingabe wenigstens vom Standpunkte Einer Partei, insbesondere des Käufers aus, ergeben. Dem Käufer ist mitunter an der Dareingabe mehr gelegen, als an der Hauptsache; allein, wie Bechmann richtig bemerkt, in der Willenseinigung tritt die Hauptsache in den Vordergrund.

Das Zurücktreten der Dareingabe im Interesse der Kontrahenten ist schon ihrer Bezeichnung als Nebensache, accessio, zu entnehmen, geht aber ausserdem aus gewissen Abweichungen des Rechtes der Dareingabe von dem der principaliter gekauften Sache hervor.

Diese Abweichungen sind folgende:

1. Der Verkäufer braucht wegen Eviktion und folgerichtig wohl auch wegen der Mängel der Dareingabe nicht duplam zu promittieren, sondern haftet stets nur auf das simplum.

l. 11 § 17 D. de A. E. V. 19, 1: Si quis rem vendiderit et ei accessurum quid dixerit, omnia quidem, quae diximus in re distracta, in hoc quoque sequenda sunt (sint?), ut tamen evictionis nomine non in duplum teneatur, sed in hoc tantum obligetur, ut emptori habere liceat, et non solum per se, sed per omnes.

l. 16 pr. D. de evict. 21, 2 . . . . quemadmodum ea

quae empto fundo nominatim accesserunt si evicta sint, simplum[29]) praestatur.

Wir können dies, glaube ich, nicht anders erklären, als mit der geringeren Wertschätzung der Dareingabe.

Die Glosse zu l. 11 § 17 und Westphal, Kauf § 228, begründen die simpli praestatio damit, dass, was ja richtig ist, die Dareingabe kein Teil der Hauptsache sei, quia non pars rei est; aber auch von mehreren koordiniert veräusserten Sachen ist keine Teil der mit ihr veräusserten Gegenstände, und dennoch kann um jeder einzelnen Sache willen, wenn sie evinziert worden ist, die actio ex stipulatu auf das duplum gestellt werden: l. 72 D. de evict. 21, 2:

Cum plures fundi specialiter nominatim uno instrumento emptionis interpositi venierint, non utique alter alterius fundus pars videtur esse, sed multi fundi una emptione continentur. et quemadmodum, si quis complura mancipia uno instrumento emptionis interposito vendiderit, evictionis actio in singula capita mancipiorum spectatur, et sicut aliarum quoque rerum complurium una emptio facta sit, instrumentum quidem emptionis interpositum unum est, evictionum autem tot actiones sunt, quot et species rerum sunt quae emptione comprehensae sunt: ita et in proposito

[29]) Dagegen wird das dupli pretii et accessionis condemnatur in l. 45 D. de aed. ed. 21. 1 von der Synopsis (Heimbach, Basil. suppl. S. 279) mit Recht in dem Sinne verstanden, dass auch die accessio pretii verdoppelt wird (εἰς τὸ διπλοῦν τοῦ τιμήματος καὶ τῆς προσθήκης); denn hier waltet ein pönaler Gesichtspunkt ob. Auch wo das prätorische Edikt Duplierung des Kaufpreises vorschrieb, nahmen die Juristen an, dass dieselbe sich auf die accessio pretii erstrecke: l. 18 § 1—20 pr. D. de liberali causa 40. 12:

Sed utrum pretium tantum an etiam id quod pretio accessit duplicetur, videamus. et putem omne omnino, quod propter emptionem vel dedit (l. 19) vel permutavit vel compensavit eo nomine (nam et is dedisse intellegendus est) (l. 20 pr.) vel obligatus est, duplari debere.

non utique prohibebitur emptor evicto ex his uno fundo venditorem convenire, quod una cautione emptionis complures fundos mercatus comprehenderit.

Die geringere Wertschätzung der Dareingabe ist auch der Grund, warum ridiculum est tunicae fundum accedere (l. 44 pr. D. de aed. ed. 21, 1).

2. Das ädilizische Edikt schreibt vor, dass bei der Redhibition der Hauptsache auch die Dareingabe redhibiert werde, gleichviel, ob sie selbst Mängel hat, oder nicht.

l. 1 § 1 D. de aed. ed. 21, 1:

Aiunt aediles: . . . . . item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat (sc. venditor).

Hierzu Scholion ad Basil. XIX, 10, 1, (Heimbach, Bd. II S. 301):

Προσθήκας· Τοῦτο ἐπὶ πράγματι· τυχὸν γὰρ οὐ μόνον τὸν δοῦλον δέδωκεν ὁ πράτης, ἀλλὰ καί τι σὺν αὐτῷ: accessiones: hoc de re dicitur: forte enim non servum duntaxat dedit venditor, verum etiam aliquid cum eo.

l. 33 § 1 D. eod.:

Si vendita res redhibeatur, servus quoque qui ei rei accessit, licet nullum in eo vitium sit, redhibetur.

l. 23 § 1 D. eod.:

Jubent aediles restitui et quod venditioni accessit et si quas accessiones ipse praestiterit, ut uterque resoluta emptione nihil amplius consequatur, quam (non) haberet, si venditio facta non esset.

Dies gilt nach l. 31 § 19 D. de aed. ed. 21, 1 nicht nur dann, wenn die Redhibition durch Mängel begründet ist, sondern auch, wenn sie gemäss § 17 eodem auf Vereinbarung beruht.

Ebenso muss bei Auflösung des Geschäfts durch Resolutivbedingung (pactum si displicuerit, lex commissoria) mit der Hauptsache stets auch die Dareingabe zurückgegeben

werden. Ist in einem solchen Falle die Dareingabe noch nicht geleistet, so fällt der Anspruch auf sie fort.

l. 31 § 24 D. de aed. ed. 21, 1:

In his autem actionibus (sc. si quid ita venierit, ut, nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur § 22) eadem erunt observanda, quae de partu fructibus accessionibus quaeque de mortuo redhibendo dicta sunt.

l. 6 § 1 D. de lege commissoria 18, 3:

Idem (Scaevola) respondit, si ex lege inempti sint fundi, nec id, quod accessurum dictum est, emptori deberi.

Ich glaube, dass wir auch diese Quellenaussprüche nur damit erklären können, dass die Dareingabe als Nebensache behandelt wurde.

So auch Bechmann, Kauf, II. T. 1. Abt. S. 366.

Göppert, org. Erz. S. 76 ist der Meinung, die Rückgängigkeit des gesammten Geschäftes sei zunächst eine Folge der Einheit des Kaufs, und erst diese wieder eine Folge des Zurücktretens der blossen Accession im Interesse der Disponierenden.

Die Einheit des Kaufs bildet aber keineswegs das Mittelglied zwischen der Nebensächlichkeit der Accession auf der einen, und der Gesammtredhibition auf der anderen Seite; denn nicht die Einheit des Kaufs ist massgebend für die Frage, ob Gesammtredhibition oder nur Teilredhibition gewährt wird.

„Entscheidend ist nicht Einheit des Preises oder Verkaufes, sondern die Intention des Geschäftes (ob keines ohne das andere gekauft sein wollte: l. 34 § 1 D. de aed. ed. 21, 1), oder die Untrennbarkeit der Sachen (l. 35, l. 38 § 14 — l. 40 pr. eod.) oder die Art der Zusage: l. 64 § 1 eod."

— Brinz, Paud. 2. Aufl. Bd. II S. 726 Anm. 47.[30])

[30]) Ganz unrichtig erklärt Friedrich Mommsen, Beiträge

Daraus, dass bei der Redhibition der Hauptsache und bei der Rückgabe derselben auf Grund einer Resolutivbedingung auch die Dareingabe an den Verkäufer zurückfällt, wird es uns erlaubt sein, einen Schluss zu ziehen auf die Frage, ob die Dareingabe bei Nichtexistenz der Hauptsache zur Entstehung kommen kann. Durch die Redhibition und die Auflösung eines Kaufs auf Grund einer lex commissoria oder eines pactum si displicuerit wird ein bereits perfekter Kauf (et quidem finita est emptio l. 4 pr. D. de lege comm. 18, 3) imperfekt (arg. l. 43 § 9 D. de aed. ed. 21, 1), wird fundus inemptus (l. 2 D. de lege comm. 18, 3). Darf nun hier, wo der vollzogene Kauf rückgängig wird, jede Partei nur das b e halten, was sie hätte, wenn der Kauf überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre, — l. 23 § 1 D. cit.:

ut uterque resoluta emptione nihil amplius consequatur, quam (non) haberet, si venditio facta non esset, —

so scheint auch der Schluss gerechtfertigt, dass der Käufer, wenn der Kauf der Hauptsache von Anfang an nicht zustande kommt, auch die Dareingabe nicht e r hält.[31])

Einen ähnlichen Schluss von der Redhibition auf die anfängliche Ungültigkeit zieht M o m m s e n, Beiträge I. Abteilung S. 174.

---

zum Obligationenrechte, Abt. I S. 174, die ausnahmsweise Zulässigkeit der Gesammtredhibition damit, dass jede Sache das Hauptobjekt des Kontraktes bilde. Von zwei Sachen kann nur Eine die Hauptsache sein. Daher sage ich lieber, es werden mehrere Sachen k o o r d i n i e r t, als, sie werden p r ı n c i p a l i t e r uno pretio gekauft.

[31]) Die selbständige Klagbarkeit der Dareingabe steht dem nicht im Wege. Wir werden uns dieselbe nur in der Weise vorzustellen haben, dass der Käufer auf die Dareingabe klagen kann, ohne die Hauptsache in seine intentio einzuschliessen (arg. l. 75 D. de evict 21. 2: si vero emptor petat viam vel actum), nicht auch in der Weise, dass bei Ungültigkeit der Hauptsache die Accession zu Recht besteht.

Bechmann, a. a. O., gelangt zu diesem Ergebnisse, dass bei Nichtexistenz der Hauptsache auch die Dareingabe nicht verkauft ist, durch ein Argument aus l. 5 D. de instruct. vel instr. leg. 33, 7, wo es heisst, dass, wenn fundus cum instrumento vermacht ist und der Erblasser das Grundstück veräussert hat, nihil erit legatum. Dieses Argument scheint zutreffend. Schon die Glosse zu l. 1 § 1 D. de instruct. vel instr. leg. 33, 7 erblickt den Grund, warum bei dem Legate des fundus cum instrumento nach Veräusserung des Grundstücks das instrumentum nicht vindiziert werden konnte, darin, dass das instrumentum Accession ist.[32])

Bevor wir uns von dem vorwürfigen Thema trennen, ist noch die Frage zu erörtern, ob um der Dareingabe willen der Kauf der Hauptsache angefochten werden kann.

Die Quellen geben uns hierüber keine Auskunft. Ich glaube aber, das Wesen der Dareingabe als einer accessio erfordert, dass wir diese Frage verneinen. So auch Brinz, Pandekten, 1. Auflage S. 1514 und, weniger bestimmt, Leonhard, der Irrtum bei nichtigen Verträgen, S. 187.

---

[32]) Ist dies richtig, so haben wir einen neuen Beleg dafür, dass die Abhängigkeit der Accession von der Hauptsache nicht bedingt ist durch die Einheit des Rechtsgeschäftes: denn: sive cum instrumento fundus legatus est sive instructus, duo legata intelleguntur. (l. 1 pr. D. de instruct. vel instr. leg. 33. 7).

Die Regeln, welche uns über die Abhängigkeit der Accession von der Hauptsache überliefert sind:

Gaius IV, § 151: nam ei quod nullum est, nihil accedere potest.

l. 178 D. de R. J. 50. 17: Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent (vgl. l. 129 § 1 D. eod.), konnten für die vorstehende Untersuchung nicht ins Gewicht fallen, denn, wie Cujacius zu l. 178 cit. bemerkt, recte additur „plerumque", quod in omnibus regulis addi debet. Nam nullae sunt necessariae, sed omnes plerumque verae.

Beim error in corpore über die Dareingabe werden wir auf diesen Punkt zurückkommen.

§ 8.
Eviktion der Dareingabe.

Die nun folgenden drei Paragraphen sollen des Genaueren sich mit der Eviktion und den Mängeln derjenigen Dareingabe, welche pars venditionis ist, sowie dem error in corpore über die Dareingabe beschäftigen.

Die rechtlichen Bestimmungen über die Eviktionshaftung werden bei der Dareingabe, wie bei der Hauptsache, nur subsidiarisches Recht gewesen sein.[33])

Wegen Eviktion der Dareingabe haftet der Verkäufer mit der actio empti nach l. 6 § 6 D. de A. E. V. 19, 1:

> Sed si fundum tibi vendidero et ei fundo iter accessurum dixero, omnimodo tenebor itineris nomine, quia utriusque rei quasi unus venditor obligatus sum.

Hierher gehört auch arg. e contrario l. 75 D. de evict. 21, 2:

> nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure quod tacite soleat accedere.

Die Haftung wegen der Eviktion der Dareingabe steht aber nicht in jeder Beziehung der wegen der Eviktion der Hauptsache gleich. Eine Abweichung von dieser enthält die l. 11 § 17 D. de A. E. V. 19, 1: Der Verkäufer haftet auf das habere licere, nicht auf duplae promissio:

> Si quis rem vendiderit et ei accessurum quid dixerit, omnia quidem, quae diximus in re distracta, in hoc quoque sequenda sunt (sint), ut tamen evictionis nomine non in duplum teneatur, sed in hoc tantum obligetur, ut

---

[33]) Diese Subsidiarität ist eine doppelte: einmal im Sinne des gesetzlichen Rechts im Gegensatze zur Parteiwillkür (l. 37 pr. D. de evict. 21. 2), sodann im Sinne des gemeinen Rechts im Gegensatze zum Partikularrechte (l. 6 D. eod.).

emptori habere liceat, et non solum per se, sed per omnes.

Zu dem gleichen Ergebnisse führt die l. 16 pr. D. de evict. 21, 2. Hier heisst es, dass wegen Eviktion der Dareingabe simplum praestatur:

Evicta re vendita ex empto erit agendum de eo quod accessit, quemadmodum ea quae empto fundo nominatim accesserunt si evicta sint, simplum praestatur.

Damit war, dies ist auch die Meinung der Glosse, nicht ausgeschlossen, dass das duplum ausdrücklich versprochen werden konnte, aber jedenfalls war die duplae promissio nicht durch Klage zu erreichen, und die duplae stipulatio wegen der Hauptsache erstreckte sich nicht auf die Dareingabe.

Zu dem simplum, auf welches ex empto geklagt wurde, wie schon die Glosse annimmt (ebenso Göppert, org. Erz. S. 79 und Bechmann, Kauf, II. T. 1. Abt. S. 368), kam ex natura ex empto actionis jedenfalls noch hoc quod interest:

l. 60 D. de evict. 21, 2: Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex empto actionis hoc quod interest,

welches Interesse unter anderem (Prozesskosten, Strafen etc.) vermutlich auch darin bestehen konnte, dass durch die Eviktion einer Dareingabe der Wert der Hauptsache gemindert wurde.

War die Dareingabe ein unum corpus quod ex distantibus constat, z. B. eine Heerde, ein Pekulium, ein instrumentum, so trat eine Haftung für eine einzelne Sache nicht ein, weil die Sache entweder nicht zur Gesammtheit gehört hatte, dann war sie nicht dareingegeben, oder sie zwar dazu

gehört, der Richter aber sie mit Unrecht dem Eviktionskläger zugesprochen hatte:

l. 5 D. de evict. 21, 2: (Paulus libro XXXIII. ad edictum):

> Servi venditor peculium accessurum dixit. si vicarius evictus sit, nihil praestaturum venditorem Labeo ait, quia sive non fuit in peculio, non accesserit, sive fuerit, iniuriam a iudice emptor passus est: aliter atque si nominatim servum accedere dixisset: tunc enim praestare deberet in peculio eum esse.

Westphal, Kauf, § 217, stösst sich an dieser Erklärung und meint, der wahre Grund der Entscheidung der l. 5 cit. liege vielmehr in der Eigenschaft des Pekuliums als einer universitas.

Ich halte den labeonischen Ausspruch für durchaus unbedenklich. Er giebt uns einen ganz vernünftigen Grund dafür an, warum bei einem unum corpus quod ex distantibus constat die Eviktionshaftung wegen der einzelnen Sachen ausgeschlossen war, während andererseits der Westphal'sche Grund auf der unhaltbaren Abstraktion eines Ganzen von seinen Teilen beruht, — einer Theorie, die namentlich im Erbrechte ihr Unwesen treibt.

Natürlich wurde es, wenn das unum corpus quod ex distantibus constat, Hauptsache war, ebenso gehalten: l. 1 C. de evict. 8, 44; l. 2 pr. D. de heredit. vel act. vendit. 18, 4. Die Haftung wegen Eviktion jeder einzelnen Sache konnte jedoch ausdrücklich vereinbart werden:

> l. 5 D. cit.: aliter atque si nominatim servum accedere dixisset: tunc enim praestare deberet in peculio eum esse.
>
> l. 1 C. cit.: nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit.

§ 9.

Mängel der Dareingabe.

Über die Mängel der Dareingabe sind uns folgende Fragmente überliefert:

l. 32 D. de aed. ed. 21, 1, l. 27 D. de A. E. V. 19, 1 und l. 33 pr. D. de aed. ed. 21, 1; endlich l. 54 § 1 D. de A. E. V. 19, 1.

Die l. 32 D. de aed. ed. 21, 1 knüpft mit itaque an den Satz der l. 31 § u. eod. an: quod emptioni accedit, partem esse venditionis prudentibus visum est, und schreibt, indem sie die Worte des Edikts: qui mancipia vendunt etc. (l. 1 § 1 D. de aed. ed. 21, 1) auf die Dareingabe anwendet, das praedicere und promittere bei der Dareingabe vor:

> Itaque sicut superius venditor de morbo vitiove et ceteris quae ibi comprehensa sunt praedicere iubetur, et praeterea in his causis non esse mancipium ut promittat praecipitur: ita et cum accedat alii rei homo, eadem et praedicere et promittere compellitur. quod non solum hoc casu intellegendum est, quo nominatim adicitur accessurum fundo hominem Stichum, sed etiam si generaliter omnia mancipia quae in fundo sint accedant venditioni.[34])

Was das promittere wegen der Mängel angeht, so wird anzunehmen sein, dass nur simplum, nicht duplum promittiert wurde (s. S. 53).

Die l. 27 D. de A. E. V. 19, 1 schreibt ein integrum ac sanum tradi oportere bei der Dareingabe vor:

> Quidquid venditor accessurum dixerit, id integrum ac sanum tradi oportet: veluti si fundo dolia accessura dixisset, non quassa, sed integra dare debet.

[34]) Das generaliter accedere in l. 32 bezeichnet nach der offenbar richtigen Meinung des Azo die Dareingabe sämmtlicher Sklaven ohne namentliche Bezeichnung der einzelnen.

Als Beispiel sind hier die Fässer genannt. Auch hier ist die Dareingabe der verkauften Sache gleichgestellt. Denn auch die principaliter verkauften Fässer müssen wohlbehalten geleistet werden; wenigstens war Labeo nach dem Berichte des Pomponius in l. 6 § 4 D. de A. E. V. 19, 1 der Meinung, die vasa müssten auf jeden Fall fehlerfrei geleistet werden, und wenn es dort heisst: quod et in locatis doliis Sabinum respondisse Minicius refert, so sind die dolia nur eine Spezies der vasa, und es gilt in Betreff der Kontraktsklage von den locata dolia dasselbe, wie von den vendita.

Die zivilrechtliche Klage wegen der Mängel war bei der Dareingabe wie bei der Hauptsache die actio empti:

l. 33 pr. D. de aed. ed. 21, 1:

nam iure civili, ut integra sint, quae accessura dictum fuerit, ex empto actio est, veluti si dolia accessura fundo dicta fuerint.

Aus dieser zivilrechtlichen Haftung wegen der Mängel leitet Pomponius in l. 33 pr. D. de aed. ed. 21, 1 die ädilizische Verpflichtung ab, fehlerfrei zu prästieren:

Proinde Pomponius ait iustam causam esse, ut quod in venditione accessurum esse dictum est tam integrum praestetur, quam illud praestari debuit quod principaliter veniit;

„et hoc probat" bemerkt der Glossator Vivianus, „ad instar actionis ex empto civilis, quae datur, ut integra sint, quae accedere fundo dicta sunt."

Auf den ersten Blick scheint hier freilich nichts Anderes als die zivilrechtliche Prästationspflicht gefolgert zu sein; allein, wo von einem integrum praestare oportere die Rede ist, kommt eben so wohl das ädilizische Edikt, als das Zivilrecht in Betracht, denn auch das Edikt iubet integrum praestare:

l. 1 § 2 D. de aed. ed. 21, 1 . . . . dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere,

und wo die actio empti zustand, bewährten sich auch die ädilizischen Klagen:

l. 19 § 2 D. de aed. ed. 21, 1:

nam et qui ex empto potest conveniri, idem etiam redhibitoriis actionibus[35]) conveniri potest.

Unserer Meinung auch Göppert, org. Erz. S. 80 Anm. 79.

Diese Ansicht findet ihre Unterstützung in dem ferneren Verlaufe unserer l. 33 pr., arg. e contrario: eandem rationem facere Pomponius ait, ut etiam, si hereditas aut peculium servi venierit, locus edicto aedilium non sit circa ea corpora, quae sunt in hereditate aut in peculio. idem (nämlich, dass ausnahmsweise das Edikt nicht anwendbar ist, während es sonst Platz greift.) probat et si fundus cum instrumento venierit et in instrumento mancipia sint.

Die Haftung wegen der Mängel ist nach unserer Stelle, wie die wegen der Eviktion der Dareingabe, beschränkt auf den Fall, dass ein certum corpus dareingegeben wurde.[36])

---

[35]) Redhibitoriae actiones sind nach der Glosse die actio redhibitoria und die actio quanti minoris, s. auch Glück, Erl. der Pandekten B. XX S. 134 Anm. 20.

[36]) Certum corpus im Gegensatze zur universitas: sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum: nam si servus cum peculio venierit, ea mancipia quae in peculio fuerint sana esse praestare venditor non debet, quia non dixit certum corpus accessurum, sed peculium tale praestare oportere, et quemadmodum certam quantitatem peculii praestare non debet, ita nec hoc.

Hiermit hängt es zusammen, dass die Prästation der Mängel beim Verkauf von universitates rerum, mögen sie Haupt- oder Nebensache sein, ausfällt: eandem rationem facere Pomponius ait, ut etiam, si hereditas aut peculium servi venierit, locus edicto aedilium non sit circa ea corpora, quae sunt in hereditate aut in peculio.

Bestritten ist die Frage, ob um der Dareingabe willen dem Käufer die Redhibition der Hauptsache zustand oder nicht.

Nach Gesterding (Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien B. VI 2. Abt. S. 66) soll wegen Fehlerhaftigkeit der Dareingabe nur die Redhibition der Dareingabe möglich gewesen sein; nach den römisch-rechtlichen Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung von Neustetel (Bd. I. S. 205) hätte zwar die Nichtansage der geheimen Fehler der Dareingabe und die Fehlerhaftigkeit derselben die Redhibition der Hauptsache nicht nach sich gezogen, wohl aber wäre, wenn der Verkäufer die Dareingabe gar nicht oder nicht in der versprochenen Güte geliefert, die actio adversus dictum promissum auf Gesamtredhibition zulässig gewesen.

Zu dieser Frage möchte ich Folgendes bemerken:

1. Bei Verletzung der Klausel des Edikts, welche die Ansage der Fehler gebietet, wird wahrscheinlich hinsichtlich

---

Hierher gehört auch die Frage, ob die Mängel beim generischen Kaufe, insbesondere beim Lieferungskauf, zu prästieren sind. (Beispiele für den Lieferungskauf bietet uns Baron in seinen Pandekten § 269 II, Abs. 1: 100 Scheffel 80pfündiger Roggen, 1000 Ellen graues Militärtuch). Das ädilizische Edikt hat an Käufe dieser Art nicht gedacht; es setzt vielmehr eine gegenwärtige oder doch beiden Parteien bekannte Sache voraus; nur bei dieser war das von den Ädilen vorgeschriebene palam recte pronuntiare möglich. — s. Brinz Pand. 2. Aufl. B. II S. 730 ff. Wollen wir aber trotzdem — und ich glaube, wir dürfen es thun — die Grundsätze des Edikts als für den Genuskauf verwertbar erachten, so steht uns die l. 33 pr. cit., welche ein certum corpus zur Mängelprästation erfordert, nicht im Wege; denn nach l. 74 D. de V. O. 45. 1 liegt ein certum vor, wenn tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum versprochen sind; certum est, sagt dieselbe Stelle, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit (eine übrigens nicht durchgängig festgehaltene Erklärung des certum, s. l. 7 § 1 D. de contr. empt. 18. 1).

des Kaufes einer Sache mit Dareingabe dasselbe gegolten haben, was beim Kauf mehrerer koordinierter Sachen Rechtens war. Bei diesem tritt, wie wir im § 7 S. 56 gesehen haben, die Gesammtredhibition nur ausnahmsweise ein; diese Ausnahmefälle beruhen aber auf Gründen, welche die Gesammtredhibition in dem Falle, dass die eine Sache Accession ist, nicht ausschliessen.

2. Dass unter Umständen die Hauptsache redhibiert werden konnte, weil der Käufer die zugesicherte Dareingabe überhaupt nicht erlangte, dafür bietet einen Beleg die l. 18 D. de aed. ed. 21, 1. Im § 2 dieser Stelle heisst es, dass, wenn jemand simpliciter dixerit peculiatum esse servum: sufficit si is vel minimum habeat peculium. Vergleichen wir hierzu den Anfang des Fragments: si quid venditor de mancipio adfirmaverit idque non ita esse emptor queratur, aut redhibitorio aut aestimatorio (id est quanti minoris) iudicio agere potest, so ergiebt sich, dass, wenn nicht einmal minimum peculium vorhanden war, der Sklave redhibiert werden konnte.

Aber diese Redhibition der Hauptsache wegen Nichtvorhandenseins der Dareingabe können wir uns nur beim konstatierenden Diktum denken; denn es heisst im ädilizischen Edikte (l. 1 § 1 h. t.): sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset etc. Das dictum oder promissum musste also schon zur Zeit des Verkaufs unwahr gewesen sein, wenn um des mendacium willen die Redhibition der gekauften Sache stattfinden sollte; dies ist aber nur beim konstatierenden Diktum möglich: nur dieses ist eine Kundgebung über das, was bereits ist, während ein bloss konstitutives Diktum nur das Versprechen einer zukünftigen Leistung enthält.[37])

[37]) Modifiziert ist nach dem ädilizischen Edikte die actio redhibitoria wegen Nichtleistung der Dareingabe, wenn iumenta cum

3. Was endlich den Fall anlangt, dass die Dareingabe zwar geleistet worden ist, aber dem dictum promissum nicht entspricht, so möchte ich hier die Frage nach der Gesammtredhibition wie sub 1 nach Analogie des Falles entscheiden, dass mehrere koordinierte Sachen uno pretio verkauft worden sind. Als Regel wird hier, wie sub 1, anzunehmen sein, dass eine Gesammtredhibition nicht stattfindet. Denn wenn l. 64 § 1 D. de aed. ed. 21, 1 bei Widerspruch eines Teiles der von mehreren uno pretio verkauften Sachen mit dem dictum promissum die Redhibition Aller ex parte edicti „quod dixit promisitve" als zulässig erklärt,

„Idem (Labeo) ait, si uno pretio plures servos vendidisti sanosque esse promisisti, et pars dumtaxat eorum

---

ornamentis gekauft sind: l. 38 pr. D. de aed. ed. 21. 1, (Ulpianus libro II. ad edictum aedilium curulium):

Aediles aiunt: „Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus. si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur.

Hier liess bei Nichtleistung der ornamenta die Klage dem Verkäufer die Wahl zwischen Herausgabe (restituendis) der ornamenta oder Redhibition des Ganzen (iumentisve ornamentorum nomine redhibendis) — s. Brinz, Pand. 2. Aufl. Bd. II S. 727.

Diese Auffassung der Klage als Einer Klage widerspricht der herrschenden Meinung (s. die bei Brinz, loc. cit. Anm. 59 angeführten Schriftsteller und Vangerow, Bd. III. S. 308 ff.), rechtfertigt sich aber durch die Übersetzung der Synopsis (Heimbach, Basil. Bd. II S. 309): εἰς μὲν τὸ δοῦναι τὸν κόσμον ἢ ἀναλαβεῖν τὰ ὑποζύγια διὰ τὸ μὴ δοθῆναι κόσμον, εἴτω ἑξήκοντα ἡμερῶν ἐνάγεται: Wäre die herrschende Meinung richtig, welche dem Kläger die Wahl einräumt, so würde der griechische Text wohl lauten: εἰς μὲν τὸ δοῦναι τὸν κόσμον ἢ εἰς τὸ ἀναλαβεῖν etc.

minus sana sit, de omnibus adversus dictum promissum recte agi,"

so haben wir es hier, wie mir scheint, mit einer Ausnahme zu thun; wenigstens ist, wenn die Verletzung des Edikts in der Nichtansage von Fehlern besteht, nach l. 36, l. 38 § 12 —14, l. 59 § 1 D. de aed. ed. 21, 1 die Einzelredhibition die Regel. Worauf die Ausnahme der l. 64 § 1 beruht, ist schwer zu erklären; wenn aber Mommsen um desswillen das de omnibus streicht, so kann ich ihm nicht beipflichten, da es ohne handschriftlichen Anhalt geschieht.

Ich möchte die Entscheidung der l. 64 § 1 mit Brinz, Pand. 2. Aufl. Bd. II S. 726 Anm. 47 als auf der besonderen Art der Zusage beruhend betrachten, und zwar so, wie Gesterding, Ausbeute Bd. VI 2. Abt. S. 78 ff. sich ausdrückt:

„Die Versicherung des Verkäufers, die Sklaven seien gesund, bedeutete, dass alle gesund seien — wer allgemein spricht, schliesst nichts aus — und dies bewährte sich nicht, weil einige Kranke darunter waren. Diese einigen kranken Sklaven machten schon, dass, als sei der Vertrag nicht erfüllt, contra dictum promissumve verkauft, auf Zurücknahme aller Sklaven geklagt werden konnte."

Aus der Analogie des Gesammtkaufs mehrerer koordinierter Sachen darf also die Zulässigkeit der Redhibition der Hauptsache wegen eines mendacium hinsichtlich der Dareingabe wenigstens als Regel nicht gefolgert werden; aber auch der Wortlaut des Edikts (l. 1 § 1 D. de aed. ed. 21, 1) spricht gegen dieselbe; denn diesem zufolge kann der verkaufte Sklave nur dann redhibiert werden, wenn er selbst sich im Widerspruche mit dem dictum promissum befindet:

sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset (mancipium): quod eius praestari opor-

tere dicetur, emptori omnibusque ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.

Soviel über die Redhibition der Dareingabe und die Redhibition wegen der Dareingabe.

Um der Dareingabe willen war aber nicht nur die redhibitoria zulässig, sondern auch die actio quanti minoris. Dieselbe konkurrierte mit der redhibitoria überall, wo diese wegen der vorhandenen Fehler oder Mängel der Sache angestellt werden konnte.

— (Brinz, Pand. 2. Aufl. Bd. II. S. 727.)

Mit der quanti minoris actio konnte nicht nur der Minderwert der Accession, sondern auch der dadurch verursachte Minderwert der Hauptsache geltend gemacht werden. (so Bechmann, Kauf, II. T. 1. Abt. S. 367 Anm. 5) — denn, „der Fehler, den Eine Sache hat, entwertet möglicherweise noch eine andere."

— Brinz, a. a. O. S. 728 Anm. 62.

Wenn Bechmann, loc. cit. sagt, wegen des durch Minderwert der Accession verursachten Minderwerts der Hauptsache könne auch die Redhibition der letzteren als Ergebnis sich herausstellen, so wird das von dem Falle zu verstehen sein, da die Entwertung der Hauptsache so gross ist, dass die Minderung Nichts mehr übrig lässt (l. 43 § 6 D. de aed. ed. 21, 1). Abgesehen von der gänzlichen Entwertung ist nicht der Minderwert an sich Redhibitionsgrund, sondern nur der Minderwert, der sich im vitium ausdrückt, oder im Widerspruche mit dem dictum promissum.

In scheinbarer Nichtübereinstimmung mit den bisher behandelten Stellen, welche die Prästation der Mängel der Dareingabe vorschreiben, befindet sich die l. 54 § 1 D. de A. E. V. 19, 1 (Labeo, libro II. pithanon):

Si dolia octoginta accedere fundo, quae infossa essent, dictum erit, et plura erunt quam ad eum numerum, dabit emptori ex omnibus quae vult, dum integra det:

si sola octoginta sunt, qualiacumque emptorem sequentur nec pro non integris quicquam ei venditor praestabit:

Wenn 80 Fässer, die auf dem Grundstücke eingegraben sind, dareingegeben und mehr als 80 vorhanden sind, so steht dem Verkäufer die Auswahl zu, er muss aber dem Käufer wohlbehaltene Fässer leisten.[38]) Bis hierher enthält die Stelle nichts Besonderes. Sind aber, fährt der Jurist fort, bloss 80 Fässer vorhanden, so erhält sie der Käufer wie sie sind, und hat vom Verkäufer keine Entschädigung zu beanspruchen. Dies scheint den bisher erörterten Stellen zu widersprechen.

Die Litteratur bringt die abweichende Entscheidung der l. 54 § 1 mit dem Umstande in Zusammenhang, dass hier dolia infossa vorliegen, und dies scheint richtig zu sein; warum aber Verschiedenes gilt, wenn dolia infossa, und wenn dolia schlechthin versprochen sind, hat sie in befriedigender Weise nicht beantwortet und vermag ich mir ebensowenig zu erklären.

Göppert, org. Erz. S. 80 Anm. 79 und S. 85 erblickt den Grund dafür, dass nec pro non integris quicquam ei venditor praestabit darin, dass bei den dolia infossa als einem accessorischen Teile auch die Möglichkeit der actio empti wegfällt.

Über die Auffassung der dolia infossa als Teil habe ich schon oben in Anm. 12 gesprochen. Wären diese Fässer wirklich pars fundi, so müssten wir sagen: Mängel des Teils sind Mängel des Ganzen; es müsste also um des Ganzen willen actio empti zustehen.

Bechmann, Kauf, II. T. 1. Abt. S. 374 Anm. 3 rechnet die dolia infossa der l. 54 § 1 zu den gesetzlichen Accessionen

[38]) Dieses dum integra det wird auch der l. 60 D. de contr. empt. 18. 1 beizufügen sein:

(Marcellus libro VI. digestorum): Comprehensum erat lege venditionis dolio sexaginta emptori accessura: cum essent centum, in venditoris fore potestate responsum est quae vellet dare.

oder Pertinenzen, und meint „die Zusage ihres Daseins gelte nicht ohne Weiteres auch als Zusage ihrer Brauchbarkeit."

Was zunächst die Pertinenzeigenschaft der Fässer anlangt, so hält Bechmann selbst (a. a. O. S. 370) die dolia infossa nur dann für eine Pertinenz des Grundstücks, wenn „das Grundstück selbst, oder der betreffende Teil desselben den Charakter eines Vorratsraumes (horreum) hat." Dass aber diese Voraussetzung vorliege, dafür bietet uns die Stelle keinen Anhalt.

Was den anderen Punkt betrifft, dass die Zusage der Pertinenz nicht ohne Weiteres als Zusage ihrer Brauchbarkeit gelte, so bin ich selbst auch der Meinung, dass bei der stillschweigenden Accession die Mängel nicht prästiert zu werden brauchten; sicher aber ist, dass, wenn die Fässer ausdrücklich dareingegeben waren, nicht das Recht der stillschweigenden, sondern das der ausdrücklich versprochenen Accession galt, nach dem sehr bestimmten Ausspruche der l. 27 D. de A. E. V. 19, 1:

> Quidquid venditor accessurum dixerit, id integrum ac sanum tradi oportet: veluti si fundo dolia accessura dixisset, non quassa, sed integra dare debet.

Westphal (Kauf, § 176) meint, der Käufer habe den Schaden jedenfalls gekannt und könne also wegen des vitii manifesti keine Entschädigung verlangen. Damit wird ein Thatbestand in die Stelle hineingetragen, den sie nicht enthält.

Sintenis, Zivilrecht B. II § 116 Anm. 89 erklärt die l. 54 § 1 in der Weise, der Verkäufer könne bei vergrabenen Fässern die Löcher nicht kennen. Das möchte ich bezweifeln; denn wenn mehr als 80 Fässer vorhanden sind, muss der Verkäufer, um wohlbehaltene zu leisten, ja auch die beschädigten kennen. Auch steht die ignorantia hinsichtlich der Mängel der verkauften Sache dem dolus gleich;[39]

[39]) l. 1 § 2 D. de aed. ed. 21. 1: Causa huius edicti proponendi

will sich der Verkäufer vor etwaigen Schadenersatzansprüchen sicherstellen, so muss er eben die Haftung wegen der allenfallsigen Mängel ausdrücklich ablehnen.

Was mich betrifft, so scheint mir das Eine sicherzustehen: Nicht schon der Umstand, dass die Fässer vergraben waren, konnte den Verkäufer von der Mängelprästation befreien, sondern es bedurfte des ausdrücklichen Hinweises darauf, dass dolia infossa gemeint seien, und dieser Hinweis muss in unserer Stelle als gegeben erachtet werden nach dem quae infossa essent (nicht erant). Es muss mit den dolia infossa eine Bewandtnis gehabt haben, vermöge deren der Käufer, wenn ihm derartige Fässer versprochen wurden, nicht die beste Ware erwartete. Jedenfalls beeinträchtigte das umgebende Erdreich ihre Qualität, und es konnte vielleicht, wenn von dolia infossa die Rede war, der Nebengedanke mit einfliessen, dass dieselben schon benutzt seien; denn die Fässer wurden eingegraben zum Gebrauch, damit ihr Inhalt kühl erhalten bleibe.

§. 10.

Error in corpore über die Dareingabe.

Es erübrigt die Besprechung des error in corpore über die Dareingabe. Über diesen haben wir eine ganz merkwürdige Entscheidung in der l. 34 pr. D. de contr. empt. 18, 1. Dieselbe lautet:

(Paulus libro XXXIII. ad edictum):

Si in emptione fundi dictum sit accedere Stichum servum neque intellegatur, quis ex pluribus accesserit, cum

est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.

de alio emptor, de alio venditor senserit, nihilo minus fundi venditionem valere constat. sed Labeo ait eum Stichum deberi quem venditor intellexerit. nec refert, quanti sit accessio, sive plus in ea sit quam in ipsa re cui accedat an minus: plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicuti cum domus propter marmora et statuas et tabulas pactas[40]) ematur.

Bechmann findet den Fall „sehr einfach"; er ist aber schwierig, denn er schliesst auf engem Raume eine nicht geringe Zahl von Streitpunkten in sich. In der sehr ausgiebigen Litteratur, aus welcher die Monographie des Josephus Averanius in dessen interpretationes iuris lib. II. cap. 2 hervorzuheben ist, hat die Stelle eine völlig befriedigende Lösung nicht gefunden, und wird sie wohl auch im Nachfolgenden nicht finden.

Bei der Exegese der l. 34 pr. kommt etwas in Frage, was sonst nicht fraglich zu sein pflegt: ihre Einheit, nämlich, ob der Satz nec refert etc. die Relevanz des Wertverhältnisses zwischen Hauptsache und Dareingabe überhaupt, oder ob er sie nur in Beziehung auf den error in corpore accessionis verneint.

Nach dem Tipucit[41]) und der Glosse[42]) zerfällt die l. 34 pr. in zwei Teile, deren erster bis intellexerit den error in corpore über die Dareingabe, der zweite aber, von

[40]) So liest die florentinische Handschrift, während die Ausgaben pictas lesen.

[41]) Heimbach, Basil. Bd. II S. 262: Καὶ περὶ τοῦ, ἐὰν ἔδοξε, προστεθῆναι τῷ πραθέντι ἀγρῷ Παύλον, καὶ περὶ μὲν ἄλλου ὁ πράτης, ἐνεθυμήθη, περὶ δὲ ἄλλου ὁ ἀγοραστής· περὶ οὗ ὁ πράτης ἐνεθυμήθη δίδοται. δυνατὸν δὲ τὴν προσθήκην μείζονα εἶναι τοῦ πρωτοτύπου.

[42]) Refert: scilicet alias: et sic innuit casum, cum non homo, sed alia res accedit. Alioquin contra: ut infra de aedilicio edicto l. iustissime, quae est contra.

nec refert an, die Frage behandelt, ob die Dareingabe mehr wert sein darf, als die Hauptsache.

Gegen diese Meinung sprechen aber zwei Gründe:

1. Es ist nicht glaubhaft, dass der Jurist mitten in die Frage, ob der Kauf gültig oder ungültig ist, die Frage nach dem Einflusse des Wertverhältnisses zwischen Hauptsache und Dareingabe anders als in Beziehung auf den error in corpore eingeschaltet hätte.

2. Der Jurist konnte Angesichts des von ihm selbst in l. 44 pr. D. de aed. ed. 21, 1 überlieferten und beifällig beurteilten Verbotes der Ädilen, einen Sklaven einer Sache, die weniger wert ist, dareinzugeben, nicht die Relevanz des Wertverhältnisses zwischen Hauptsache und Dareingabe in so ganz allgemeiner Weise verneinen.

Die Glosse zu l. 34 pr. hat, um der l. 44 pr. gerecht zu werden, zu dem nec refert etc. bemerkt: scilicet alias et sic innuit casum, cum non homo sed alia res accedit. Aber da die l. 34 pr. in ihrem ersten Teile mit der Dareingabe eines Sklaven exemplifiziert, so ist es ganz unwahrscheinlich, dass in ihrem zweiten Teile an jede Art von Dareingabe, nur nicht die eines Sklaven gedacht ist.

Gehen wir nun von dieser formalen Frage zu dem sachlichen Inhalte des Fragments über, so ist zunächst festzustellen, dass die l. 34 pr. wirklich einen error in corpore, ein Missverständnis über einen Vertragsgegenstand, behandelt.

Zitelmann (Irrtum u. Rechtsgeschäft S. 588) nimmt zwar einen Irrtum an, aber nicht einen error in corpore, sondern einen Irrtum über eine Eigenschaft („im weitesten Sinne des Wortes"). Über diese Meinung habe ich schon oben S. 40 ff. gesprochen.

Zahlreiche Schriftsteller des Mittelalters und der neueren und neuesten Zeit sprechen sich dahin aus, es handle sich in l. 34 pr. lediglich um eine Dunkelheit des Vertragswillens (obscuritas) auf Grund einer ambigua oratio. Auf

diese Autoren scheint der Satz sed Labeo ait eum Stichum deberi quem venditor intellexerit, Einfluss geübt zu haben. „Denn," mochten dieselben wohl denken, „bestünde im Nebenvertrage ein error in corpore, so müsste der Nebenvertrag nichtig sein; wenn nun geschrieben steht, es sei ein Sklave zu leisten, so ist damit ausgesprochen, dass der Nebenvertrag gültig ist, und es kann also kein error in corpore vorliegen."

Richtig ist an dieser Meinung Folgendes: Die Vertragsklausel „accedit servus Stichus" ohne nähere Bezeichnung der Person enthält — namentlich dann, wenn im Hinblick auf einen geschlossenen Kreis von Sklaven, deren mehrere Stichus heissen, so vereinbart wird — allerdings eine ambigua oratio, eben so wohl wie die Klausel „flumina, stillicidia, uti nunc sunt, utita sint" in l. 33 D. h. t. Jede Rede, die verschiedenen Auffassungen Raum lässt, ist eine ambigua oratio, und es fragt sich nur, welche Folgen der Unklarheit beizumessen sind.

Unrichtig ist aber, dass jene Vertragsklausel im vorliegenden Falle nicht nebst der ambiguitas des Wortes einen error in corpore enthalte. Häufig freilich ist in der ambigua oratio eine blosse obscuritas gegeben (z. B. l. 33, l. 80 § 2 D. de contr. empt. 18, 1), häufig aber auch ein error in corpore verborgen. Die obscuritas s. ambiguitas ist ein blosses Nichtwissen der Parteien, was zwischen ihnen Rechtens ist; beim error in corpore, wenn er dissensus in corpore ist, haben sich zwei widerstreitende Meinungen gebildet. Ambigua oratio und error schliessen einander nicht aus, sondern verhalten sich gegenseitig wie Ursache und Folge.

Dass es nun aber in unserer Stelle bei der obscuritas nicht sein Bewenden hat, vielmehr ein error eingetreten ist, deuten die Worte: „cum de alio emptor, de alio venditor intellexerit" mit aller Bestimmtheit an. Es ist in l. 34 pr. nicht mehr so, wie etwa in l. 21 pr. D. de reb. dub. 34,

5, wo noch gar nicht ermittelt ist, quod acti est: welchen Sklaven jede Partei gemeint hat, ist bereits gewiss, sonst könnte man ja nicht wissen, dass jede einen anderen gemeint hat. In solchen Fällen finden wir in den Quellen, wie die Stipulation, so den Kaufvertrag für ungültig erklärt (l. 83 § 1, l. 137 § 1 D. de V. O. 45, 1; § 23 J. de inutil. stipul. 3, 19; l. 9 pr. D. de contr. empt. 18, 1; arg. l. 21 § 2 D. de A. E. V. 19, 1; arg. l. 11 pr. D. de contr. empt. 18, 1).

Etwas scheint allerdings in unserer Stelle auf eine obscuritas hinzudeuten, nämlich das neque intellegatur, quis ex pluribus accesserit. Allein sicher ist auch, dass de alio emptor, de alio venditor intellexit.

Dass keine blosse obscuritas vorliegt, geht auch aus dem Widerspruche hervor, in welchem sich vom Standpunkte der obscuritas aus das eum Stichum deberi quem venditor intellexerit mit den Interpretationsregeln zur Behebung der obscuritas pacti befindet.

Nach l. 39 D. de pact. 2, 14 nämlich (vgl. Code Civil art. 1602), l. 33, l. 21 D. de contr. empt. 18, 1, l. 172 pr. D. de R. J. 50, 17, von welchen Stellen die letzte die Meinung des Paulus, die vorletzte die des Paulus und des Labeo, der beiden Juristen unserer Stelle, zum Ausdrucke bringt, wird der zweideutige Vertrag zu Ungunsten des Verkäufers interpretiert, „in cuius fuit potestate legem apertius conscribere", „quia potuit re integra apertius dicere." In unserer l. 34 pr. hingegen ist zu Gunsten des Verkäufers entschieden.

Es hat nicht an ernstlichen Bemühungen gefehlt, diesen Widerspruch zu lösen.

Hesse (Jahrb. f. Dogmatik B. 16, 1 S. 82) bezieht sich, mit Übergehung der zitierten Stellen, auf l. 96 D. de R. J. 50, 17:

„In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius, qui eas protulisset."

Diese Stelle ist aber dem lib. XII. fideicommissorum des Maecianus entnommen und bezieht sich auch nur auf die Auslegung der Vermächtnisse.

Auch Thibaut, Abh. Bd. II S. 116 sagt, dass dem Promittenten „die Wahl" (als ob es hier etwas zu wählen gäbe!) immer zusteht, (s. auch van der Water, Obs. L. II. cap. 14).

Diese Ansicht „in dubio pro reo" vertritt auch Leonhard (Irrtum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte, Bd. I S. 186 ff.)

Cuiacius obs. I, 10 und XXIII, 31, mit ihm Balduin, Pothier und andere, wollen im Hinblicke auf die Worte plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus und sicuti cum domus propter marmora et statuas et tabulas pactas ematur, statt des quem venditor intellexerit lesen: quem emptor intellexerit. Dies ist aber dem einheitlichen Texte aller Handschriften gegenüber die reinste Willkür.

Albericus schreibt emptor, indem er sagt, es komme nicht darauf an, von wem, sondern zu wessen Gunsten das pactum hinzugefügt worden sei.

Arius Pinellus, Tiraquellus, Iason und Covarruvias betrachten den als accessio bedungenen Sklaven als eine Dareingabe des Käufers zum Kaufpreise. Zu dieser Ansicht scheinen sie bewogen worden zu sein durch die Worte si in emptione = si ab emptore. Nach dem weiteren Verlaufe der Stelle aber (plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus) müssen wir an eine Dareingabe von Seite des Verkäufers denken.

Andere, wie Dionysius Gothofredus, Fornerius, A. Faber, Schulting & Smallenburg, Merillius, Soarez a Ribeiro, sowie die Entscheidung des

Reichsoberhandelsgerichts vom 25. Juni 1872 (Seufferts Archiv B. 27 Nr. 90) nehmen an, der Verkäufer werde nur dann benachteiligt, wenn die Fassung des Vertrages von ihm ausgegangen sei. Diese betrachten das qui id dixerit der l. 21 D. de contr. empt. 18, 1 als ein si id dixerit, und Soarez a Ribeiro beruft sich auf Harmenopulos (Heimbach S. 128): ἐὰν μὲν οὖν ἐπὶ τοῦ πράτου τὸ ἀσαφὲς σύμφωνον, κατ᾽ ἐκείνου ἑρμηνεύεται. Auch das si in emptione = si ab emptore, und das de alio emptor, de alio venditor intellexerit mochte von Einfluss gewesen sein. Wir haben aber schon oben S. 33 gesehen, dass die lex contractus stets vom Verkäufer gesprochen wurde. Wäre selbst eine lex contractus auf Seite des Käufers vorgekommen, so dürften wir nicht von der thatsächlichen Voraussetzung ausgehen, dass hier der Käufer die lex gesprochen habe. Mit Recht sagt Averan von den Vertretern dieser Meinung: divinari mihi videntur et ariolari.

Die eben gerügte Meinung, der Käufer habe die lex gesprochen, teilt auch Bechmann, Kauf. II. T. 1. Abt. S. 367.

Hartmann, Wort und Wille im Rechtsverkehr (dogm. Jahrb. XX S. 54), unterscheidet: Wenn den Käufer die Schuld treffe, d. h. dieser sich die Sache nicht habe vorzeigen und individualisieren lassen, so werde gegen ihn entschieden, und daran habe Paulus gedacht, im anderen Fall, „wenn der Verkäufer in Kenntnis seines eigenen Reichtums an solchen Sklaven die Sache unbestimmt liess und im Trüben zu fischen gedachte", werde gegen ihn entschieden.

Gegen diese schon von Hoffmann in seinen und Fuhrs zivilistischen Versuchen Nr. 7 S. 102 vertretene Meinung s. Vangerow, B. III, § 604 Anm. I. Das „im Trüben fischen" wäre ein einfacher Betrug (l. 43 § 2 D. de contr. empt. 18, 1).

Die l. 34 pr. lässt sich, wie aus diesen Ausführungen

hervorgeht, von dem Gesichtspunkte einer blossen obscuritas aus ohne Anwendung von Zwang nicht erklären.

Bemerkenswert ist auch, dass das Scholion des Cyrillus zu l. 39 D. de pact. 2, 14 = Basil. XI, 1, 39 (Heimbach Basil. B. I S. 623), welches die Stellen über die Behebung der obscuritas sammelt und unter diese auch die l. 33 D. de contr. empt. 18, 1 aufnimmt, die l. 34 pr. D. de contr. empt. nicht erwähnt, ein Argument dafür, dass die alten Juristen in der l. 34 pr. keine blosse obscuritas für gegeben erachteten.

Wir werden nach dem Gesagten daran festhalten, dass die l. 34 pr. einen error in corpore vor sich hat.

Der error in corpore ist Ungültigkeitsgrund und tritt hier nicht hinsichtlich des ganzen Geschäftes, sondern nur hinsichtlich eines Teiles desselben ein. Von der teilweisen Ungültigkeit eines Geschäftes gilt aber bekanntlich der Satz, dass utile non debet per inutile vitiari,

— Arndts, Pandekten § 79 Anm. 7 —,

d. h. das Geschäft ist, soweit es durch den Ungültigkeitsgrund nicht betroffen ist, gültig, wenn nicht ein besonderer Grund zur Ungültigkeit desselben vorhanden ist.

Wenn wir nun vorerst von dem zweiten Teile der l. 34 pr. — der mit nec refert beginnt, — absehen, so müssen wir sagen: Der Jurist konnte keine andere Entscheidung treffen, als die, dass der Kauf des Grundstücks gültig sei, und zwar um desswillen, weil kein Grund zur Ungültigkeit desselben vorliegt; eine besondere Begründung der Gültigkeit des Kaufes des Grundstücks ist nicht möglich, aber auch nicht notwendig.

Averan versucht diese Begründung gleichwohl. Er sagt: „Der Kauf gilt, weil nur Irrtum über die Accession vorliegt, nec potest infirmari emptio fundi per errorem quo erratum est in accessione."

Allein Averan begründet mit dem thema probandum;

dass nec potest infirmari emptio per errorem quo erratum est in accessione will ja erst seine Begründung finden.

Wie gesagt, wenn wir vom zweiten Teil der Stelle abstrahieren, so haben wir keine Veranlassung, einen besonderen Rechtfertigungsgrund für die Gültigkeit des Kaufs des Grundstückes zu suchen.

Ziehen wir hingegen den zweiten Teil des Fragments mit in Betracht, so enthält dieser einen Satz, der unter gewissen Voraussetzungen die Gültigkeit des Kaufes bedenklich erscheinen lassen könnte: ich meine das plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus. Aber freilich unter gewissen Voraussetzungen, nämlich: 1) dass das plerasque enim res etc. sich auf das nihilo minus fundi venditionem valere constat bezieht, und 2) dass mit dem plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus an eine sachliche Prinzipalität der Dareingabe gedacht ist, indem hier „das Motiv des Käufers weit mehr der Wunsch nach der Zugabe als nach der Hauptsache ist" (Göppert, org. Erz. S. 74 Anm. 56), „das ökonomische Interesse des Käufers sich auf die Accession in stärkerem Grade bezieht, als auf die Hauptsache" (Bechmann, Kauf, II. T. 1. Abt. S. 366). Sind diese beiden Voraussetzungen gegeben, so kann von einer Gültigkeit des Kaufes des Grundstücks keine Rede sein, und es ist ganz verfehlt, wenn Thibaut, Versuche B. II Nr. 4 die l. 34 pr. als Beleg dafür anführt, dass der Irrtum im Beweggrunde[43]) irrelevant sei.[44]) Ja, wenn es hiesse: „Obwohl sachlich die Hauptsache untergeordnet, die Accession aber Hauptsache ist, ist der Kauf trotz des Irrtums gültig."

[43]) Als ob dasjenige, was man kaufen will, zugleich die causa des Kaufes sein könnte.

[44]) Während Valett, praktisch theoretische Abh. Nr. 5, und Hesse, Jahrb. für Dogmatik, Bd. XV S. 82, in dem Falle, dass der Käufer das Grundstück gekauft hat, um den Sklaven zu bekommen, Ungültigkeit des Geschäftes annehmen.

so liesse sich das eher hören. Nicht aber konnte der Jurist sagen: „Der Kauf ist gültig, weil die Dareingabe sachlich das Prinzipale ist, und der Ungültigkeitsgrund die Dareingabe betrifft.“

Wir müssten im Gegenteil, wenn wir die beiden angeführten Voraussetzungen als vorhanden anerkennen wollten, wenn wir dafür halten wollten, dass das nihilo minus fundi venditionem valere constat mit der sachlichen Prinzipalität der Dareingabe begründet sei, das nihilo minus im Sinne einer Negation[45]) verstehen und Ungültigkeit, genauer: Anfechtbarkeit des Kaufes annehmen.

Allein fürs erste ist es sehr wohl möglich, dass das plerasque enim res etc. sich nicht auf das nihilo minus fundi venditionem valere constat bezieht, sondern lediglich auf das nec refert etc., und weiter Nichts ist, als ein Glossem, etwa des Juristen selbst, welches ausführt, wie es kommt, dass die accessio oft mehr wert ist, als die Hauptsache. Sodann aber braucht mit dem plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus durchaus nicht an eine sachliche Prinzipalität der Dareingabe gedacht zu sein. Das propter lässt nämlich eine doppelte Umschreibung zu, eine Umschreibung mit „damit“ und eine Umschreibung mit „weil“: Entweder: „Wir kaufen zuweilen, damit wir Accessionen bekommen,“ oder aber: „Wir kaufen zuweilen, weil wir Accessionen bekommen, d. h. der Verkäufer uns solche anbietet.“ In diesem letzteren Sinne wird insbesondere ein fundus instructus gekauft propter instrumentum: der Käufer erwirbt ein Grundstück, weil er ein Grundstück braucht, aber nur in Anbetracht dessen, dass es ein instrumentum hat, sonst müsste er dasselbe ja anderweitig beschaffen; denn es ist,

[45]) Priscianus (libro XVIII. cap. 25): Nostri quoque frequenter duplici abnegatione utuntur pro simplici: ut „nihilo minus“ pro „non“, und ebendort: „Attici: οὐχ ἥκιστα, Romani: non minus, non parum, nihilo minus.“

wie Gönner, Kommentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern, 2. Aufl. 1. Band S. 359 treffend bemerkt, kaum denkbar, dass eine unbewegliche Sache von solchen Accessionen gänzlich entblösst werde. Ähnlich kauft man zuweilen ein Haus nur, weil es in dieser oder jener Weise ausgestattet ist (sicuti cum domus propter marmora et statuas et tabulas pactas ematur),[46]) aber die marmora etc. sind um desswillen nicht sachlich das Prinzipale.

[46]) Das sicuti cum kann ebenso die Bedeutung haben: „gerade so wie", als die Bedeutung: „zum Beispiel." Wir wissen daher nicht, ob der Jurist die marmora, statuae und tabulae pactae auch als Accessionen betrachtet hat, und wenn er es that, so hat er damit jedenfalls an andere Accessionen gedacht als die Dareingabe. Die tabulae pactae sind portio aedium (l. 41 § 13 mit § 12 D. de leg. I. 30); zu bemerken proinde: was von den statuae, gilt auch von den tabulae; die statuae erscheinen bald als portio, bald als quasi portio aedium, je nachdem sie an den Wänden befestigt sind oder nicht (l. 41 § 12 cit., l. 12 § 23 D. de instruct. vel instr. leg. 33. 7). Im letzteren Falle werden sie auch zur suppellex gezählt (l. 12 § 23 D. cit.), und es konnte dann ein Bedenken, ob die statuae stillschweigend dem Hause folgten, aus der Erwägung entspringen, dass die suppellex zum instrumentum gezählt wird (l. 12 § 35, l. 13 § 43, § 46 D. de instruct. vel instr. leg. 33. 7; l. 1 D. de suppell. leg. 33. 10), die Dinge aber, die zum instrumentum gehören, nicht stillschweigend folgen, sondern ausdrücklich dareingegeben werden müssen, s. oben § 3. Dieses Bedenken war ausgeschlossen bei den marmora und tabulae pactae, sowie bei den statuae quae parietibus inhaerent, weil diese nicht res moventes sind und nur res moventes zur suppellex gerechnet werden (l. 2 D. de suppell. leg. 33. 10). Dem gegenüber heisst es in l. 245 pr. D. de V. S. 50, 16 von den statuae adfixae und den tabulae erga parietem adfixae, dass sie non sunt aedium: ornatus enim aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur. Nach dieser Stelle hätten also die statuae und tabulae pactae, um dem Hause zu folgen, ausdrücklich dareingegeben werden müssen; das liess sich aber wiederum von den marmora nicht sagen, unter denen stets nur rudis materia (l. 78 § 4 D. de leg. III. 32) verstanden wurde ad exstructionem domus (l. 41 § 4 D. de leg. I. 30).

Eine Frage noch: Durfte überhaupt der Verkäufer das Haus ohne die marmora, statuae und tabulae pactae veräussern, oder stand

Das plerasque enim res etc. nötigt uns also keineswegs zu der Annahme, der Jurist habe an eine sachliche Prinzipalität der Dareingabe gedacht und das nihilo minus im negativen Sinne gebraucht.

Aber auch das, was ausser dem plerasque etc. für diese Meinung geltend gemacht werden könnte, lässt eine Erklärung im gegenteiligen Sinne zu. So das sed Labeo ait eum Stichum deberi quem venditor intellexerit. Den geeignetsten Gegensatz zu dem sed würde zwar unverkennbar die Nichtigkeit des ganzen Geschäftes bilden. Allein das sed kann auch, statt im Gegensatze zur Ungültigkeit der venditio fundi, im Gegensatze zu einem servum non deberi verstanden werden. — Ähnlich Brinz, Pandekten 2. Aufl. II. T. 2. Abt. S. 704 Anm. 16 am Ende. — Ebenso ist die Wortstellung sive plus an minus kein zwingendes Argument für den verneinenden Sinn des nihilo minus: Denken wir nur an das si plus minusve secuerunt, se fraude esto bei Aulus Gellius, noctes Atticae XX c. 1!

Es ist also zum mindesten nicht sicher, dass eine sachliche Prinzipalität der Dareingabe vorliegt. Ich glaube aber, wir dürfen noch weiter gehen und sagen: Es kann an die sachliche Prinzipalität gar nicht gedacht sein in dem Sinne, dass um der Dareingabe willen die Hauptsache anfechtbar ist (siehe § 7). Die Ansicht, nihilo minus sei positiv zu verstehen, ist schon um desswillen die näher-

dem nicht vielmehr das senatus consultum Volusianum entgegen? Hierauf ist zu erwidern: Das senatus consultum verbietet, ne quis domum villamve dirueret, quo plus sibi adquireretur neve quis negotiandi causa eorum quid emeret venderetve (l. 52 D. de contr. empt. 18. 1). Es stand also dem Verkäufer Nichts im Wege, die marmora etc. beim Verkaufe zurückzubehalten, wenn es nur nicht „promercii causa" (l. 41 § 5 D. de leg. I. 30) geschah. So war durch Reskripte der Kaiser Severus und Karakalla das in alias aedes transferre, sowie das Herausnehmen der marmora etc. ad opus rei publicae faciendum gestattet (l. 41 § 3 u. 5 D. de leg. I. 30.).

liegende, weil die negative Bedeutung dieses Wortes trotz des „frequenter" Priscians doch selten ist,[47]) so selten, dass in der nicht unbedeutenden Litteratur zu unserer Stelle die Möglichkeit derselben, soviel ich weiss, gar keine Beachtung gefunden hat.

Eine ganz andere Frage, als die nach der Gültigkeit des Kaufes in Ansehung der Hauptsache, ist die, wie denn trotz des error in corpore accessionis um dieser Nebenberedung willen doch noch etwas in obligatione sein kann. Wenn es heisst, dass is Stichus debetur, quem venditor intellexerit, so weicht dies vom gewöhnlichen Rechte ab; wir würden etwa sagen, der Käufer habe einen Anspruch auf Preisminderung.[48])

Averan begründet die Gültigkeit der accessio folgendermassen: Feststeht, einmal, dass der Irrtum über die Dareingabe dem Kauf keinen Eintrag thut, ferner, dass die Dareingabe Teil des Verkaufes ist (l. 31 § u. D. de aed. ed. 21, 1). Nun kommt aber der Kauf zu stande durch Konsens; der Konsens ist seine Form (!), und da kein Vertrag seiner Form nach teils gültig, teils ungültig sein kann, so muss er entweder ganz gültig, oder ganz ungültig sein; letzteres ist hier nicht zulässig, da ja der Irrtum über die

[47]) Dass diese Bedeutung sich im Corpus Juris findet, ist allgemein anerkannt (s. Dirksen, man. lat. s. h. v., Gilbertus Regius ἐναντιοφανῶν Jur. Civ. lib. 20. T. O. II. S. 1506, Dukerus, opusc. varia de lat. S. 366, Cuiac. comment. ad. tit. pro emptore, ferner Sintenis, Archiv f. civilistische Praxis Bd. XX S. 90 ff., aber sie kann mit voller Bestimmtheit nur für die l. 7 § 2 D. pro empt. 41. 4, wie sie uns der Florentinus überliefert, behauptet werden.

[48]) Wenn Hartmann, Wort und Wille im Rechtsverkehr, Dogm. Jahrb. XX S. 54, meint, eine Teilung des Kaufpreises sei nicht möglich, so ist das entschieden unrichtig. Wir finden eine solche bei teilweiser Ungültigkeit des Kaufes (l. 17 D. de contr. empt. 18. 1) und bei der Redhibition eines Teiles von mehreren Kaufobjekten (l. 59 § 1, l. 36 D. de aed. ed. 21. 1).

Dareingabe nicht das ganze Geschäft ungültig machen kann — so auch Westphal, Kauf § 34 —,
folglich muss das ganze Geschäft gültig sein.

Ich bin überzeugt, dass Niemand den Konsens für die Form des Kontraktes ansehen wird. Auch ist bekannt, dass ein Kauf zum Teil gültig, zum Teil ungültig sein kann.[49])

[49]) Interessant ist, dass Averan als Analogie für die Gültigkeit der accessio zufolge Gültigkeit der Hauptsache die l. 22–24 D. de contr. empt. 18. 1 anführt. Es heisst dort: „Die Klausel »si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil« ist nicht überflüssig, sondern bezieht sich auf mässig grosse Parzellen. Denn wenn das ganze Grundstück dem Verkehr entzogen ist, so ist der Kauf ohnehin ungültig (ein allerdings abnormer Ausspruch, s. l. 4—6 pr. D. de contr. empt. 18. 1; l. 2 § 3 C. de adsert. toll. 7. 17); wenn aber mässig grosse Parzellen dem Verkehr entzogen sind, „ex empto esse actionem, quia non specialiter locus sacer vel religiosus venit, sed emptioni maioris partis accessit.“ Averan fasst das ex empto esse actionem so auf, als ob aus dem mit obiger Klausel versehenen Kaufe mit actio empti auf die Leistung der loca sacra und religiosa geklagt werden könne, und dieses soll die Folge davon sein, dass non specialiter locus sacer vel religiosus venit, sed emptioni maioris partis accessit.

Diese Meinung ist ganz verfehlt. Die richtige Lösung ergiebt sich aus der Art, wie die in indirekter Rede gefasste Stelle in direkter Rede lauten würde. Das in modicis autem ex empto esse actionem würde in direkter Rede lauten nicht ex empto est, sondern ex empto esset actio.

Die Klausel soll den Verkäufer vor Nachteil schützen (l. 72 § 1 D. de contr. empt. 18. 1). Ist das ganze Grundstück dem Verkehr entzogen, so bedarf es der Klausel nicht, weil nach der Meinung des Juristen der Kauf schon von Rechtswegen ungültig ist; wenn aber bloss mässig grosse Parzellen dem Verkehr entzogen sind, so hätte der Käufer die actio empti auf das Interesse wegen Entwehrung der loca sacra und religiosa, und vor dieser actio empti schützt die Klausel den Verkäufer; denn, was nicht verkauft ist, kann auch nicht eviktionshalber zu prästieren sein.

Von einer Klage auf Leistung der loca sacra und religiosa um desswillen, weil sie accedieren, ist also nicht die Rede.

Windscheid (Wille und Willenserklärung, civil. Archiv, neue Folge B. 13 S. 107) sagt:

„Bezieht sich der Dissens auf einen wesentlichen Punkt des Vertrages nicht, so besteht der Vertrag, und über den Punkt, über welchen eine Vereinbarung nicht vorliegt, entscheidet die gesetzliche Regel, wenn es eine solche giebt.[50]) Soweit trotz des Dissenses noch Konsens vorhanden ist, muss natürlich der Wille der Parteien ausgeführt werden."

Mit dieser letzteren Bemerkung will Windscheid nicht etwa den Dissens in accessione dem Konsens in re principali gegenüberstellen, sondern innerhalb der accessio zwischen konsentierendem und dissentierendem Willen unterschieden haben.

Allein im Nebenvertrage ist nicht trotz des Dissenses noch Konsens, sondern wegen des Dissenses kein Konsens mehr vorhanden.

Ferner ist auch nicht ersichtlich, warum das teilweise

---

[50]) Die gesetzliche Regel wäre aber freilich nach demselben Autor, Pand. B. II § 386 und Note 4 daselbst vielmehr die, dass bei einem Dissens über einen Nebenpunkt im Zweifel nicht angenommen werden darf, dass die Parteien trotzdem einen Vertrag haben schliessen wollen (also Ungültigkeit des ganzen Geschäftes), und zwar nach l. 9 pr. D. de contr. empt. 18. 1: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Wir vermögen dieses Diktum Windscheids mit dem im Texte angeführten nicht zu vereinigen. Nach meiner Ansicht hat Windscheid die l. 9 pr. cit. ebenso irrig beurteilt, wie die l. 34 pr. Das sive in quo alio scheint mir lediglich eine Generalklausel zu sein, welche, ohne an eine bestimmte Spezies des error zu denken, die Möglichkeit der Relevanz auch noch eines anderen Irrtums, als der namentlich aufgeführten Arten ausspricht. Nach den byzantinischen Rechtsquellen (— s. Heimbach Basil. Bd. II S. 259) wäre unter dem quid aliud die materia (ὕλη) zu verstehen. Das ist nicht wahrscheinlich; denn sonst hätte Ulpian nicht noch im § 2 ausdrücklich von der materia gesprochen.

Vorhandensein des Konsenses hinsichtlich einer Sache, über welche Dissens besteht, nur beim Irrtum über die accessio und nicht auch beim Irrtum über die Hauptsache zur Anerkennung gelangt ist.

Averan und Windscheid halten, wie wir sehen, den Nebenvertrag für gültig. Ich kann dieser Meinung nicht beipflichten. Denn wenn von einem Vertrage die Rede ist, denken wir sofort an einen Konsens:

„pactum est duorum consensus atque conventio (l. 3 pr. D. de pollicit. 50, 12),"

„et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus (l. 1 § 2 D. de pact. 2, 14)."

Bezüglich des Sklaven besteht kein Konsens, folglich auch kein Vertrag. Nicht weil der Vertrag über den Sklaven gültig ist, sondern trotz seiner Ungültigkeit muss ein Sklave geleistet werden; „muss geleistet werden," denn bei einem deberi handelt es sich nicht um einen guten Rat, sondern um ein iuris vinculum, eine obligatio.

Wie rechtfertigt sich aber diese obligatio ohne Vertrag Angesichts des Ausspruches des Pedius in l. 1 § 3 D. de pact. 2, 14: nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem?

Hierauf ist zu erwidern: Dieses, wie Ulpian es nennt, „elegante" Diktum ist nur richtig, was den Kontrakt anlangt, und durchaus verunglückt in Ansehung der obligatio. Denn alle die zahlreichen obligationes quasi ex contractu, ex delicto und quasi ex delicto beruhen auf keiner conventio, und was die obligationes ex contractu betrifft, so besteht doch wenigstens ausnahmsweise eine Kontraktsobligation ohne gültige conventio, aber freilich nicht auf Grund des strictum ius, sondern der aequitas. In l. 54 pr. D. mandati 17, 1 und l. 1 pr. C. si servus se emi mandaverit 4, 36 wird aus Billigkeitsgründen, obwohl der dort beabsichtigte Mandatsvertrag ungültig ist, „optima ratione" eine

Klage gewährt nicht ex ipso mandato, sondern propter mandatum; ebenso ist es möglich, dass in unserer Stelle Labeo, indem er den Kontraktsstandpunkt verlassen und den der bona fides beschritten, die Klage für zulässig erachtet hat nicht ex emptione (servi), sondern propter emptionem (fundi), um so mehr, als ja arg. l. 18 § 1 D. de liberali causa 40, 12 die accessio beim Kauf als propter emptionem gegeben betrachtet wurde.

In dem Stichum deberi liegt aber eine Rücksichtnahme nicht nur auf den Käufer, sondern auch auf den Verkäufer. Derselbe braucht nicht mehr zu leisten, als was debetur. Das debitum ist hier der Sklave. Auf eine Geldzahlung oder Preisminderung, deren Gewährung ihm vielleicht schwerer fällt, als die Hingabe des Sklaven, braucht der Verkäufer sich nicht einzulassen.

Zum Schlusse ist noch die Frage zu erörtern, warum wohl Labeo entschieden hat, es müsse derjenige Sklave geleistet werden, den der Verkäufer gemeint hat, nicht derjenige, den der Käufer gemeint hat, oder etwa derjenige von den beiden Sklaven, welcher den geringeren Wert hat.

Ich will auch hier zuerst die Litteratur besprechen.

Averan erblickt in dem eum Stichum deberi quem venditor intellexerit eine generische Obligation: Die Parteien seien zwar über die Person des Sklaven nicht einig gewesen, wohl aber darüber, dass ein Sklave dareingehe; es werde also einer der beiden Sklaven geschuldet, und das „Wahlrecht“[51]) habe bei dieser, wie bei jeder generischen Obligation der Schuldner, d. h. der Verkäufer. Dieser Ansicht haben sich angeschlossen: Wächter, Handbuch B. II § 112 n. 4, Glück, Kommentar Bd. IV S. 160 ff., Mühlenbruch, doctrina § 614 n. 2. Auch Windscheid vertritt diese Meinung in seinem akademischen Programm

[51]) Dieses Ausdrucks bedienen sich auch diejenigen, welche blosse obscuritas annehmen.

„Wille und Willenserklärung“ 1878 S. 39, während er in seinem Lehrbuche Bd. I § 84 Note 7 blosse obscuritas annimmt, und doch wieder ebendort § 76 am Ende und Note 14 aus unserer Stelle die Unwesentlichkeit des Irrtums über Accessionen ableitet.

Die Averanische Meinung ist ganz unrichtig.

Eine generische Obligation entsteht durch ein generisches Versprechen. Gläubiger wie Schuldner müssen von Anfang an von jeder Spezies abstrahiert, sie müssen gewollt haben, dass Nichts von dem versprochenen Gegenstande in obligatione, wohl aber eine vorerst noch unbestimmte, durch den Schuldner nach freier Wahl bestimmbare Spezies in solutione sei. Bei einer generischen Obligation ist ein Dissens gar nicht denkbar, es sei denn in Betreff des Genus selbst; auch kann man in genere zwar hominem, nicht aber Stichum dareingeben.

Prüfen wir das „Wahlrecht“ dieser generischen Obligation, so fällt uns auf, dass es heisst intellexerit, nicht intellegat. Averan bemerkt hierzu, intellexerit bedeute, dass in dem Augenblicke des Vertragsabschlusses der Verkäufer schon gewählt habe; er könne nur jetzt seine Wahl nicht mehr ändern. Aber der Verkäufer hat nicht gewählt und auch gar nicht wählen wollen. Auch Glück nimmt von dem intellexerit Notiz, begnügt sich aber damit, zu sagen, es sei merkwürdig.

Ferner müssen wir fragen: Wann hat denn die generische Obligation bestanden? Die generischen Obligationen bestehen solange, bis sie erfüllt werden, oder, um mit Windscheid zu sprechen, sich konzentrieren. Die Konzentration soll aber nach Averan in demselben Augenblicke eintreten, in welchem die generische Obligation beginnt. Wie kann eine Obligation zugleich entstehen und untergehen? Und gehört nicht zur Haftung ein, wenn auch noch so kleiner, Zeitraum?

Warum endlich bewirkt nicht auch der error in corpore rei principalis eine generische Obligation?

Meines Erachtens hat Labeo mit dem eum Stichum deberi quem venditor intellexerit daran gedacht, dass ja dem Verkäufer kein Schaden entsteht, wenn er denjenigen Sklaven leistet, den er von Anfang an zu leisten bereit gewesen ist. Ähnlich Richelmann, Einfluss des Irrtums auf Verträge S. 154 ff.

Damit schliesse ich die Besprechung der l. 34 pr. und zugleich meine Abhandlung.

Möge derselben — sie ist ja die Arbeit eines Anfängers — eine gütige Aufnahme zu Teil werden!